This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

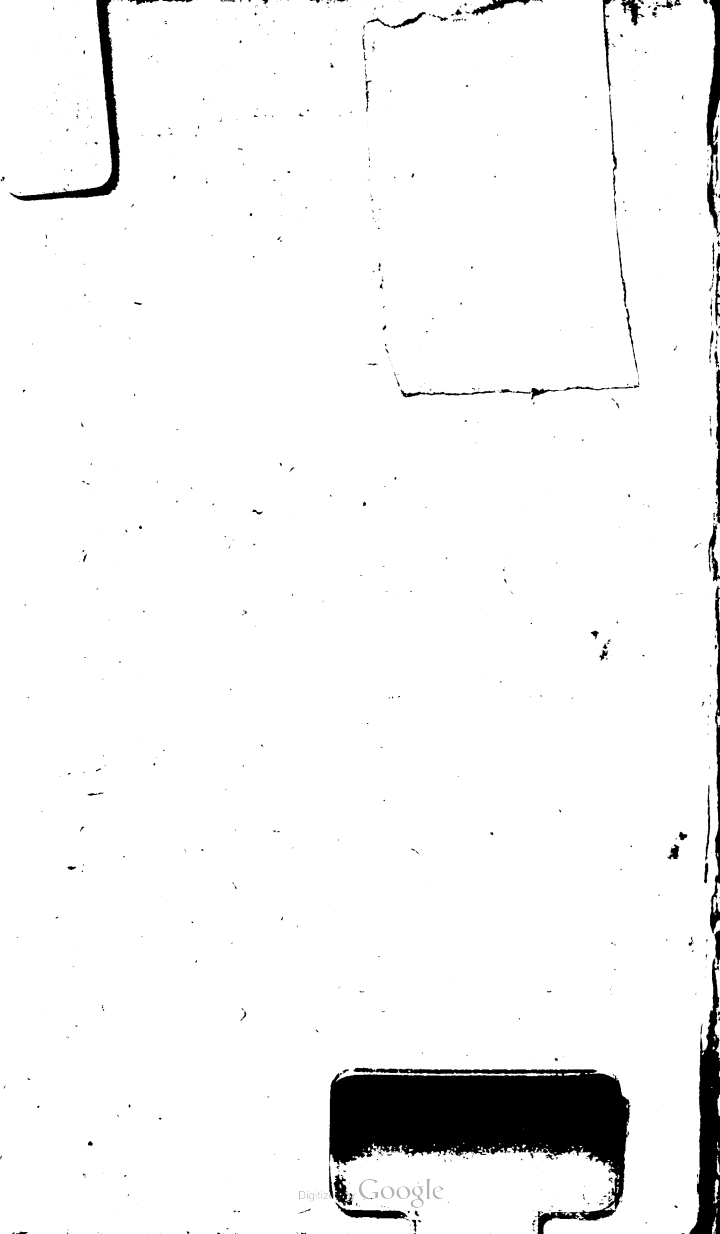
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google


Digitized by Google

8858
Jurin 8.1 fol. 4 n° 3

Pothier, Robert

Digitized by Google

Seminaire St Sivinee

Digitized by Google

TRAITÉ
DU CONTRAT
DE MARIAGE.

TOME PREMIER.

Digitized by Google

2 vol

Digitized by Google

337873

TRAITÉ
DU CONTRAT
DE MARIAGE,
PAR L'AUTEUR
DU TRAITÉ DES OBLIGATIONS.

TOME PREMIER.

BIBLIOTHÈQUE DE LA VILLE LYON 1896

A PARIS,
Chez DEBURE l'aîné, Quai des Augustins,
à l'Image S. Paul.

A ORLEANS,
Chez la Veuve ROUZEAU-MONTAUT, Imp. du Roi,
de la Ville, & de l'Université.

M. DCC. LXVIII.
Avec Approbation & Privilege du Roi.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE
DES CHAPITRES,

Articles, Sections & Paragraphes, contenus dans ce premier Tome.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, page 1

PREMIERE PARTIE.

CE que c'eſt que le Contrat de Mariage : quelles étoient chez les Romains les différentes eſpeces de Mariages ; & par quelles loix le Mariage eſt régi, 4

CHAPITRE PREMIER.

CE que c'eſt que le contrat de mariage, ibid.

CHAPITRE II.

DES différentes eſpeces de mariage, 7

§. I. *Des différentes eſpeces de mariage que pouvoient contracter les citoyens Romains*, ibid.

§. II. *Cette double eſpece de mariage eſt-elle encore en uſage*, 12

Digitized by Google

§. III. *Du mariage des Eſclaves*, 13

CHAPITRE III.

PAR quelles loix ſe régit le contrat de mariage, 14
ART. I. *De l'autorité de la Puiſſance ſéculiere ſur le mariage*, ibid.
ART. II. *De l'autorité de l'Egliſe ſur les mariages*, 28

SECONDE PARTIE.

DES choſes qui ont coutume de précéder le mariage, 33

CHAPITRE PREMIER.

DES Fiançailles, ibid.
ART. I. *De l'antiquité de l'uſage des Fiançailles ; & des raiſons de cet uſage*, 35
ART. II. *Quelles perſonnes peuvent contracter enſemble des fiançailles*, 36
ART. III. *Comment ſe contractent les fiançailles*, 38
ART. IV. *Des choſes qui ont coutume d'accompagner les fiançailles*, 45
§. I. *De la bénédiction des fiançailles*, ibid.
§. II. *Des arrhes & des préſents de mariage*, 47
§. III. *De l'acte qui contient les conventions*

Digitized by Google

matrimoniales, 52
ART. V. *Des effets que produiſent les fiançailles*, 53
ART. VI. *Quels Juges ſont compétents pour connoître de la validité des fiançailles; la partie qui refuſe de les exécuter peut-elle y être contrainte; & quelle eſt la peine de ſon refus*, 54
ART. VII. *Des cauſes qui peuvent décharger de leur engagement les parties qui ont contracté des fiançailles*, 59

CHAPITRE II.

DES Bans de mariage, 72
§. I. *De l'antiquité de l'uſage des bans de mariage; & de leur néceſſité*, 73
§. II. *De la forme des bans de mariage*, 76
§. III. *Par qui doit ſe faire la publication des bans*, ibid.
§. IV. *Où doit ſe faire la publication des bans*, 77
§. V. *En quel temps ſe fait la publication des bans*, 79
§ VI. *Des choſes dont le Curé doit s'aſſurer avant de publier les bans de mariage*, 81
§. VII. *Des diſpenſes de bans*, 82
§. VIII. *Des oppoſitions aux bans*, 85

Digitized by Google

TROISIEME PARTIE.

DES personnes qui peuvent contracter mariage ensemble ; & des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes, 90

CHAPITRE PREMIER.

DIVISIONS générales des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes, 92

CHAPITRE II.

DES empêchements dirimants de mariage qui sont absolus, 97
ART. I. *Du défaut de raison*, ibid.
ART. II. *Du défaut de puberté*, 99
ART. III. *De l'impuissance*, 101
ART. IV. *De l'empêchement qui résulte d'un mariage subsistant*, 103
ART. V. *De l'empêchement que forment les vœux solemnels*, 117
ART. VI. *De l'empêchement qui résulte des Ordres sacrés*, 130

CHAPITRE III.

DES empêchements dirimants relatifs, ou de l'incapacité qu'ont certaines personnes de se marier ensemble, 142

Digitized by Google

ART. I. *De l'empêchement qui résulte de la parenté naturelle*, 143
§. I. *Ce que c'est que la parenté ; & quelles sont les manieres de compter les degrés dans les différentes lignes de parenté*, ibid.
§. II. *Quelles parentés forment un empêchement dirimant de mariage ; & quels ont été à cet égard les différents changements de discipline*, 159
ART. II. *De l'empêchement qui résulte de l'affinité*, 190
§. I. *Ce que c'est qu'affinité*, 191
§. II. *Quelles affinités forment un empêchement dirimant de mariage ; changement de discipline à cet égard*, 193
§. III. *Des genres d'affinité abrogés par le Concile de Latran*, 202
§. IV. *De l'espece d'affinité qui naît d'une union illicite*, 204
QUEST. I. *Si l'espece d'affinité qui naît d'une union illicite, étoit connue dans le Droit Romain ; & si elle formoit par ce droit un empêchement de mariage*, 206
QUEST. II. *Si dans les premiers siecles de l'Eglise, l'espece d'affinité qui naît d'une union illicite, formoit un empêchement dirimant de mariage*, 209
QUEST. III. *Si avant le Concile de Trente*

Digitized by Google

l'espece d'affinité qui naît d'un mariage charnel illicite, formoit un empêchement de mariage, dans tous les mêmes degrés que l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé, 210

QUEST. IV. *Si depuis le Concile de Trente, qui a restreint au premier & au quatrieme degré de l'affinité qui naît du commerce illicite, l'empêchement de mariage, on peut licitement contracter mariage dans le troisieme & quatrieme degré de cette affinité,* 213

QUEST. V. *Si l'affinité formée par un commerce charnel illicite entre une des personnes qui ont eu ce commerce, & les parents de l'autre, fait un empêchement dirimant de mariage dans les degrés prohibés, lorsque ce commerce a été tenu secret; & quelles preuves doit-on recevoir de ce commerce,* 215

QUEST. VI. *Quel effet a l'affinité formée par un commerce charnel illicite que l'un des conjoints a eu pendant son mariage avec la parente de l'autre, par rapport au mariage durant lequel elle a été contractée,* 217

ART. III. *De l'empêchement dirimant qui ré-*

Digitized by Google

ſultoit de la parenté purement civile, 221

ART. IV. *De l'empêchement dirimant qui réſulte de l'alliance ſpirituelle*, 223

§. I. *Quelles ſont les différentes eſpeces d'alliance ſpirituelle ; & avec quelles perſonnes elles ſont contractées*, 224

§. II. *Quelle a été la diſcipline de l'Egliſe dans les différents ſiecles ſur l'empêchement dirimant de mariage que forme l'alliance ſpirituelle*, 228

§. III. *Quelle eſt la diſcipline établie par le Concile de Trente ſur les empêchements dirimants qui réſultent de l'alliance ſpirituelle*, 245

§. IV. *De quelques eſpeces particulieres à l'égard deſquelles on avoit mis autrefois en queſtion ſi elles formoient une alliance ſpirituelle & un empêchement de mariage*, 251

I^re ESPEC. *Des Parrains de Catéchiſme ; & de ceux qui le ſont, lorſqu'on ſupplée les cérémonies du Baptême*, ibid.

II^e ESPEC. *De l'extenſion de la parenté ſpirituelle au mari ou à la femme, des perſonnes avec qui elle eſt contractée*, 254

III^e ESPEC. *Si les enfants de deux comperes ou commeres peuvent valablement contracter mariage*, 257

Digitized by Google

IVe ESPEC. *Si le parrain & la marraine contractent enſemble quelque alliance ſpirituelle*, ibid.
ART. V. *De l'empêchement d'honnêteté publique*, 259
§. I. *De l'empêchement qui réſulte des fiançailles*, ibid.
§. II. *De l'affinité qui réſulte du mariage non-conſommé*, 265
§. III. *Autre cas.* 269
ART. VI. *De l'empêchement qui réſulte du Rapt & de la Séduction*, 271
§. I. *Du Rapt*, ibid.
§. II. *De la Séduction*, 273
ART. VII. *De l'empêchement de mariage qui réſulte de l'adultere*, 275
ART. VIII. *De l'empêchement qui réſulte du meurtre*, 286
ART. IX. *De l'empêchement qui réſulte de la diverſité de Religion*, 288

CHAPITRE IV.

DES Diſpenſes qu'on accorde des empêchements de mariage, qui ſe rencontrent dans les perſonnes, 303
ART. I. *A qui appartient le pouvoir d'accorder des diſpenſes des empêchements de mariage*, ibid.
ART. II. *Pour quelles eſpeces d'empêchements peut-on obtenir diſpenſe*, 317
ART. III. *Principes ſur la conceſſion des diſ-*

Digitized by Google

penſes des empêchements de mariages, 329
§. I. *De la nature du pouvoir qu'ont les Supérieurs eccléſiaſtiques d'accorder diſpenſes*, ibid.
§. II. *Application du principe aux diſpenſes des empêchements de mariage*, 332
§. III. *Diſtinction à l'égard de la conceſſion des diſpenſes entre les mariages qui n'ont pas encore été contractés ; & ceux à la célébration deſquels les parties ont déja paſſé*, 336
ART. IV. *Des principales cauſes qu'on a coutume d'expoſer pour obtenir les diſpenſes des empêchements de parenté & d'affinité ; & des diſpenſes qui s'accordent ſans cauſe*, 340
ART. V. *De la forme des diſpenſes, & de ce que doit contenir la ſupplique pour les obtenir*, 345
§. I. *De la forme des diſpenſes*, ibid.
§. II. *De ce que doit contenir la ſupplique*, 348
§. III. *De la fulmination des diſpenſes*, 356

QUATRIEME PARTIE.

DE la forme du Contrat de Mariage ; & de l'acte qui en doit être dreſſé, 352

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

DES choſes requiſes dans la forme pour que le mariage puiſſe être valablement contracté, & dont le défaut ou l'inobſervation le rend nul, 363
SECT. I. *Du conſentement des parties contractantes*, ibid.
ART. I. *De l'Erreur*, 364
§. I. *De l'erreur ſur la perſonne*, ibid.
§. II. *De l'erreur ſur la qualité de la perſonne*, 366
ART. II. *De la violence & de la ſéduction*, 372
SECT. II. *Du conſentement des perſonnes, qui doit quelquefois dans les mariages accéder à celui des parties contractantes*, 376
ART. I. *Du conſentement des peres, meres, tuteurs ou curateurs*, ibid.
§. I. *Du conſentement des peres, meres, tuteurs ou curateurs, qui doit intervenir dans le mariage des mineurs*, 377
§. II. *Du conſentement des pere & mere au mariage de leurs enfants majeurs*, 403
§. III. *Si le conſentement des peres & meres, tuteurs & curateurs eſt requis pour le mariage des bâtards*, 409
ART. II. *Du conſentement du Roi pour le*

Digitized by Google

mariage des Princes, 411
SECT. III. *De la célébration du mariage en face d'Egliſe ; & de la compétence du Prêtre qui le célebre*, 413
ART. I. *De la célébration du mariage en face d'Egliſe*, ibid.
§. I. *De l'antiquité de la bénédiction nuptiale ; & de la célébration du mariage dans l'Egliſe ; & ſi elles étoient néceſſaires dans les premiers ſiecles pour la validité des mariages*, 414
§. II. *Des loix qui ont requis pour la validité du mariage, qu'ils fuſſent célébrés en face d'Egliſe*, 422
§. III. *Du Droit qui s'obſervoit dans le douzieme ſiecle & les ſuivants, juſqu'au temps du Concile de Trente, à l'égard des mariages clandeſtins, c'eſt-à-dire, qui n'étoient pas célébrés en face d'Egliſe*, 426
§. IV. *De ce qui ſe paſſa au Concile de Trente, à l'égard des mariages clandeſtins*, 430
§. V. *De ce que les Ordonnances de nos Rois ont ordonné contre les mariages clandeſtins ; & de la forme quelles ont preſcrite pour que les mariages fuſſent valablement contractés*, 433
ART. II. *De la compétence du Prêtre qui célebre le mariage*, 438
§. I. *Quel eſt le Prêtre compétent pour la*

Digitized by Google

célébration du mariage, 439
§. II. *De la peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un Prêtre incompétent*, 443
§. III. *Des peines des Prêtres qui célebrent des mariages sans le consentement par écrit du Curé des parties, ou de l'Evêque*, 449
§. IV. *Si lorsque les parties sont de différentes Paroisses, le Curé d'une des parties peut valablement célébrer le mariage sans le concours & le consentement du Curé de l'autre partie*, 451
ART. III. *Si la célébration du mariage peut se faire par procureur*, 461

CHAPITRE II.

DES choses requises pour la célébration des mariages, dont l'inobservation n'emporte pas la nullité du mariage, 464

CHAPITRE III.

DE l'acte qui doit être dressé pour établir la preuve du mariage, 472

Fin de la Table des Chapitres.

TRAITÉ

Digitized by Google

TRAITÉ
DU CONTRAT
DE MARIAGE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. NOUS avons cru ne pouvoir mieux terminer notre Traité des Obligations, & des différents Contrats & Quaſi-Contrats d'où elles naiſſent, que par un Traité du Contrat de Mariage ; ce Contrat étant le plus excellent, & le plus ancien de tous les Contrats.

Il eſt le plus excellent, à ne le conſidérer même que dans l'ordre civil, parce que c'eſt celui qui intéreſſe le plus la ſociété civile.

Digitized by Google

Il est le plus ancien, car c'est le premier Contrat qui ait été fait entre les hommes. Aussitôt que Dieu eut formé Eve, d'une des côtes d'Adam, & qu'il la lui eut présentée, nos deux premiers parents firent ensemble un Contrat de Mariage; Adam prit Eve pour son épouse, en lui disant: *Hoc nunc os ex ossibus meis, & caro de carne meâ..... & erunt duo in carne unâ;* & Eve prit réciproquement Adam pour son époux.

2. Le terme de Contrat de Mariage est équivoque; il est pris dans ce Traité pour *le Mariage* même; ailleurs, il est pris dans un autre sens, pour *l'Acte* qui contient les conventions particulieres que font entr'elles les personnes qui contractent Mariage.

Nous verrons dans ce Traité du Contrat de Mariage, pris dans le premier sens, 1°. ce que c'est que le Contrat de Mariage, ses différentes especes chez les Romains, & par quelles loix il se régit, 2°. Quelles sont les choses qui précedent le Contrat de Mariage. 3°. Quelles sont les personnes entre lesquelles il peut ou ne peut pas être valablement contracté. 4°. Comment se contracte le Mariage, & ce qui doit s'observer dans sa célébration. 5°. Des effets du Mariage, & de certains Mariages, qui, quoique va-

Digitized by Google

lablement contractés, sont néanmoins privés des effets civils. 6°. De la cassation des Mariages, de la dissolution, soit quant au lien, soit quant à l'habitation. 7°. Nous traiterons des seconds Mariages.

Nous ferons suivre ce Traité par des Traités sur les Conventions les plus ordinaires, qui accompagnent le Contrat de Mariage, dans les Provinces régies par le Droit Coutumier, telles que sont la Communauté & le Douaire; & sur les Droits qui naissent du Mariage, tels que sont les Droits de puissance maritale, & de puissance paternelle.

Digitized by Google

PREMIERE PARTIE.

Ce que c'eſt que le Contrat de Mariage: Quelles étoient chez les Romains les différentes eſpeces de Mariage; & par quelles Loix le Mariage eſt régi.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'eſt que le Contrat de Mariage.

3. ON peut définir le Mariage un Contrat revêtu des formes preſcrites par les Loix, par lequel un homme & une femme, habiles à faire enſemble ce Contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie enſemble dans l'union qui doit être entre un époux & une épouſe.

Il ſuit de cette définition, qu'un mariage où on n'auroit pas obſervé quelqu'une des formalités que les loix requièrent pour ſa validité, ou qui auroit été contracté entre des perſonnes que les loix rendent inhabiles, n'eſt pas un véritable mariage; c'eſt ce que nous verrons en détail dans la ſuite de ce Traité.

Digitized by Google

4. L'union dans laquelle les parties par le contrat de mariage s'engagent mutuellement de vivre, eſt principalement l'union de leurs eſprits & de leurs volontés. Le commerce charnel n'eſt point de l'eſſence du mariage; celui de ſaint Joſeph & de la ſainte Vierge ne laiſſoit pas d'être un véritable mariage, quoiqu'ils aient l'un & l'autre conſervé toujours leur virginité.

C'eſt ce qu'enſeigne ſaint Auguſtin dans ſon Ouvrage, *de Nupt. & Concup. Lib. I. Cap. XI.* où il prouve par l'exemple de ſaint Joſeph & de la ſainte Vierge, que lorſqu'un mari & une femme s'accordent à garder la continence, leur mariage n'en eſt pas moins un véritable mariage; & le lien conjugal qui les unit, bien loin de rien perdre pour cela de ſa force, n'en eſt au contraire que plus fort: *Quibus placuerit ex conſenſu ab uſu carnalis concupiſcentiæ in perpetuum continere, abſit ut inter illos vinculum conjugale rumpatur: imò* FIRMIUS *erit, quò magis ea pacta ſecum inierint quæ cariùs concordiùſque ſervanda ſunt, non voluptariis nexibus corporum, ſed voluntariis affectibus animorum; neque enim fallaciter ab Angelo dictum eſt ad Joſeph,* noli timere accipere Mariam CONJUGEM tuam: *Conjux vocatur ex primâ fide deſponſationis quam concubitu nec cognoverat nec fuerat cogniturus; nec perierat, nec mendax manſerat* CONJUGIS

Digitized by Google

appellatio, ubi nec fuerat nec futura erat carnis ulla commixtio, &c.

Ce principe est reconnu même par les Jurisconsultes Payens. Ulpien en la loi 30 ff. *de Reg. jur.* dit: *Nuptias consensus non concubitus facit.*

5. Quoique le commerce charnel ne soit pas de l'essence du mariage, & que l'homme & la femme puissent d'un commun consentement s'en abstenir, néanmoins le mariage donne à chacune des parties un droit sur le corps de l'autre, qui oblige chacune d'elles réciproquement à accorder à l'autre ce commerce charnel, lorsqu'elle le lui demande.

La raison de cette obligation est tirée des fins du mariage: la principale est la procréation des enfants, à laquelle il est évident qu'on ne peut parvenir sans ce commerce: une autre fin du mariage, qui est d'y trouver un remede contre la trop grande difficulté que pourroient avoir les parties de garder la continence, renferme aussi cette obligation.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Des différentes especes de Mariage.

§. I.

Des différentes especes de Mariage que pouvoient contracter les Citoyens Romains.

6. LEs Citoyens Romains pouvoient contracter deux différentes especes de mariage : on appelloit l'un *Justæ Nuptiæ*, & l'autre *Concubinatus*. Celui qu'on appelloit *Justæ Nuptiæ* étoit le mariage légitime qu'un homme contractoit selon les loix avec une femme, pour l'avoir à titre de légitime épouse, *justa uxor ;* ce mariage donnoit aux enfants les droits de famille, & au pere le droit de puissance paternelle sur eux.

7. L'autre espece de mariage qu'on appelloit *Concubinatus*, étoit aussi un véritable mariage ; il étoit expressément permis par les loix : *Concubinatus per leges nomen assumpsit*, l. 3. §. 1. ff. de concubin. l'un & l'autre étoit *maris & fœminæ conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens*. Par ce mariage, de même que par le mariage légitime, l'homme & la

Digitized by Google

femme contractoient enſemble une union qu'ils avoient intention de conſerver toujours juſqu'à la mort de l'un d'eux. Ce qui différencioit le *Concubinatus*, du mariage légitime, appellé *Juſtæ Nuptiæ*, c'eſt que par ce mariage l'homme ne prenoit pas la femme avec qui il ſe marioit pour l'avoir à titre de légitime épouſe, *juſta uxor*; mais il la prenoit pour l'avoir ſeulement à titre de femme, & de concubine. Les enfants qui naiſſoient de ce mariage, n'avoient pas les droits de famille, & le pere n'avoit pas ſur eux le droit de puiſſance paternelle; ils n'étoient pas *juſti Liberi*; ils n'étoient pas néanmoins bâtards : on les appelloit *Liberi naturales*, & non pas *Nothi*, *Spurii*, qui étoient les noms de ceux qui étoient nés *ex ſcorto*, & d'unions défendues.

8. Ce *Concubinatus* avoit été établi afin qu'un homme, qui avoit une inclination pour une femme de baſſe condition, & notée, que les loix & la bienſéance ne lui euſſent pas permis d'épouſer pour l'avoir à titre d'épouſe légitime, pût ſatisfaire ſon inclination en ſe mariant avec elle pour l'avoir ſeulement pour concubine. Ainſi un Sénateur pouvoit prendre pour concubine une femme affranchie de l'eſclavage, que les loix ne lui permettoient pas d'avoir pour épouſe légitime.

Digitized by Google

Mais le mariage *Concubinatus* n'étoit pas plus permis que le mariage légitime avec une femme avec qui les Romains penſoient que le droit naturel ne permettoit pas de s'unir; par exemple, ſi quelqu'un s'étoit marié à ſa niece, quoiqu'il ne l'eût pas priſe à titre d'épouſe légitime, mais ſeulement comme concubine, l'union étoit regardée comme inceſtueuſe; *etiam ſi concubinam quis habuerit ſororis filiam licèt libertinam, inceſtum committitur.* L. 56. ff. de ritu nupt.

Par la même raiſon, on ne pouvoit pas avoir pour concubine la femme d'un autre homme; & un homme, pendant qu'il étoit marié, ne pouvoit pas avoir une concubine.

Mais lorſqu'un homme qui n'étoit pas marié prenoit pour concubine une femme, avec qui le droit naturel ne lui défendoit pas de s'unir, cette union qu'il contractoit avec elle, étoit une union qui étoit permiſe non-ſeulement par la loi civile, comme nous l'avons vu, mais qui l'étoit pareillement par l'Egliſe, & qui par conſéquent, lorſqu'elle étoit contractée entre des fideles, étoit élevée à la dignité de Sacrement, comme l'eſt un mariage légitime.

C'eſt ce que nous apprenons du 17^e^ canon du premier Concile de Tolede,

Digitized by Google

tenu l'an 400, où il eſt dit cap. 17. *Si quis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non communicet; cæterum qui non habet uxorem, & pro uxore concubinam habet, à communione non repellatur, tantùm ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, ut ei placuerit, ſit conjunctione contentus.*

9. Il reſte à ſçavoir quand le mariage qu'un homme avoit contracté avec une femme devoit être cenſé un mariage légitime, *juſtæ nuptiæ*, ou quand il ne devoit paſſer que pour un *Concubinatus*? Cela ne dépendoit pas toujours de l'obſervation ou de l'inobſervation des cérémonies uſitées dans la célébration des mariages, ni de la confection ou du défaut de confection d'un acte de conventions matrimoniales; car un mariage pouvoit être un mariage *juſtæ nuptiæ*, quoiqu'il eût été fait ſans cet acte & ſans ces cérémonies. *L.* 22. *cod. de nupt.*

Ce n'étoit que par la différente intention qu'avoit eue l'homme, en ſe mariant, de prendre ſa femme à titre d'épouſe légitime, ou de la prendre ſeulement pour concubine, que le mariage étoit ou mariage légitime, ou ſeulement *Concubinatus*: *concubinam ex ſolâ animi deſtinatione æſtimari oportet*, L. 4. ff. de concub. *concubina ab uxore ſolo delectu ſeparatur.* Paul ſent. Lib. 2. T. 20. §. 2.

Cette intention de prendre une femme

Digitized by Google

pour l'avoir seulement pour concubine, ne se présumoit qu'à l'égard des femmes d'un état vil, & notées.

C'est pourquoi Modestin dit, *in liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum* (*a*) *fecerit.* L. 24. ff. de rit. nupt.

10. La distinction de cette double espece de mariage, *justæ nuptiæ* & *Concubinatus*, n'avoit lieu qu'à l'égard des citoyens Romains; les peuples des provinces soumises à la république Romaine, qui n'avoient pas les droits de Citoyen Romain n'étoient pas capables du mariage qu'on appelloit *justæ nuptiæ*, lequel étoit propre aux seuls Citoyens Romains: ils n'étoient capables que d'une seule espece de mariage qu'on appelloit simplement *matrimonium*, lequel ne donnoit pas au pere sur les enfans qui en naissoient un droit de puissance paternelle, tel que l'avoient les Citoyens Romains, mais seulement tel que le donne aux peres le droit naturel.

Par la suite Antonin Caracalla accorda le nom & les droits de Citoyen Romain à tous les sujets de l'Empire. *L.* 17. *ff. de stat. hom.*

(*a*) Il n'étoit pas permis aux Ingenus de contracter un mariage légitime avec des femmes qui avoient fait cette profession : *Ulp. in fragm. tit.* 3. §. 20.

Digitized by Google

§. II.

Cette double espece de Mariage est-elle encore en usage.

Cette double espece de mariage est encore en usage en Allemagne.

L'espece de mariage que les Romains appelloient *Concubinatus* y est encore pratiquée, c'est celle qu'on appelle mariage *ad morganiticam*, ou *mariage de la main gauche.*

Par cette espece de mariage un homme de qualité se marie à une femme de basse condition qu'il prend pour être sa femme d'un ordre subalterne; cette femme ne participe pas au rang & aux titres de son mari, & les enfants qui naissent de ce mariage ne succédent ni aux titres ni à l'hérédité de leur pere, mais ils doivent se contenter, ainsi que leur mere, d'une certaine quantité de biens qui leur a été assignée par le contrat; *voyez le code Frederic, p. 1. liv. 2. tit. 9. art. 3.*

Cette espece de mariage n'a pas lieu en France; nos loix ne permettent pas de se marier à une femme autrement que pour l'avoir à titre de légitime épouse; & le concubinage avec une femme qu'on n'a pas épousée en légitime mariage, est parmi nous une union défendue & criminelle. Au reste, nous avons quelques mariages

Digitized by Google

qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils dont nous traiterons *infrà*.

§. III.

Du Mariage des Eſclaves.

Les eſclaves, n'ayant aucun état civil, *ſervi pro nullis habentur*, *l.* 32. *ff. de reg. jur.* quoique leur mariage fût valable par le droit naturel, pourvu qu'il eût été fait du conſentement de leurs maîtres, & qu'ils n'euſſent aucun empêchement, c'étoit un mariage deſtitué de tous les effets civils & qui n'en avoit d'autres que ceux qui naiſſent du droit naturel; on appelloit ce mariage *contubernium*.

On doit dire la même choſe du mariage que les Negres dans nos Colonies peuvent contracter avec le conſentement de leurs maîtres.

On appelloit *contubernium*, non-ſeulement celui qu'un homme & une femme eſclaves contractoient enſemble; celui qu'un homme libre contractoit avec une femme eſclave, *aut vice verſâ*, étoit pareillement appellé *contubernium*; c'eſt pourquoi Paul *ſent.* 11. 19. 3. dit: *inter ſervos & liberos matrimonium contrahi non poteſt*, *contubernium poteſt*: il n'étoit pas moins deſtitué des effets civils que celui qui étoit contracté par deux eſclaves.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

Par quelles Loix ſe régit le Contrat de Mariage.

ARTICLE PREMIER.

De l'Autorité de la Puiſſance ſéculiere ſur le Mariage..

11. LE mariage que contractent les fideles, étant un contrat que J. C. a élevé à la dignité de Sacrement, pour être le type & l'image de ſon union avec ſon Egliſe, il eſt tout-à-la-fois & Contrat civil, & Sacrement.

Le mariage étant un contrat, appartient de même que tous les autres contrats à l'ordre politique, & il eſt en conſéquence, comme tous les autres contrats, ſujet aux loix de la puiſſance ſéculiere que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement & au bon ordre de la ſociété civile ; le mariage étant celui de tous les contrats qui intéreſſe le plus le bon ordre de cette ſociété, il en eſt d'autant plus ſujet aux loix de la puiſſance ſéculiere que Dieu a établie pour le gouvernement de cette ſociété.

Digitized by Google

Les Princes séculiers ont donc le droit de faire des loix pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement.

12. Les mariages que les personnes sujettes à ces loix, contractent contre leur disposition, lorsqu'elles portent la peine de nullité, sont entiérement nuls, suivant la regle commune à tous les contrats : que tout contrat est nul lorsqu'il est fait contre la disposition des loix : *nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.*

Il n'y a pas non plus en ce cas de Sacrement de mariage; car il ne peut y avoir de Sacrement sans la chose qui en est la matiere; le contrat civil étant la matiere du Sacrement de mariage, il ne peut y avoir un Sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul; de même qu'il ne peut y avoir un Sacrement de Baptême sans l'eau qui en est la matiere.

13. La puissance séculiere a toujours joui de ce droit; c'est par la loi civile que chez les Romains le mariage des enfants de famille étoit nul, lorsqu'il étoit contracté sans le consentement de celui sous la puissance duquel ils étoient; c'est l'Empereur Théo-

Digitized by Google

doſe qui a défendu, à peine de nullité, le mariage entre couſins germains, qui étoit permis auparavant cette loi; c'eſt Juſtinien qui a fait de l'affinité ſpirituelle un empêchement dirimant de mariage; celui de la diſparité du culte a été établi par les Empereurs Valentinien, Valens, Théodoſe & Arcade qui ont prohibé les mariages des Chrétiens avec les Juifs.

L'Egliſe n'a jamais regardé ces loix des Empereurs ſur les mariages, comme des entrepriſes de la puiſſance ſéculiere ſur la puiſſance Eccléſiaſtique; bien loin de cela nous avons pluſieurs canons des Conciles qui en recommandent l'obſervation, & qui prononcent des cenſures contre ceux qui ne les obſervent pas.

14. Cette doctrine s'eſt toujours enſeignée dans les Ecoles de Théologie & de Droit; le Docteur Launoi, dans ſon grand Traité *regia in matrimonium poteſtas*, rapporte une foule d'autorités de Théologiens de tous les pays & de toutes les Ecoles qui l'enſeignent.

Je renvoie au livre ceux qui ſeront curieux de les voir. Je me contente de rapporter ce qu'en dit Ambroiſe Catharin dans ſon traité *de clandeſtinis matrimoniis*, imprimé à Rome avec privilege en 1552: *quidquid non eſt contra legem Dei ac legem naturæ, credo Principes poſſe circa matri-*

Digitized by Google

monium, tanquam circa ſuam & non alienam materiam ſuis legibus providere, & ita latam ab eis legem valuiſſe puto, quâ irritabantur matrimonia non conſultis parentibus contracta.

Le Jéſuite Sanchez, en ſon Traité *de matrimonio, lib. 7. diſput. 3. n. 2.* reconnoît auſſi ce droit des Princes ſéculiers: *abſque dubio dicendum eſt* (dit-il) *poſſe Principem ſecularem, ex genere & naturâ ſuæ poteſtatis, matrimonii impedimenta dirimentia fidelibus ſibi ſubditis ex juſtâ cauſâ indicere..... nec obſtat* (ajoute Sanchez) *Principis ſecularis poteſtati, matrimonium eſſe Sacramentum, quia ejus materia contractus civilis; quâ ratione perindè poteſt ex juſtâ cauſâ illud irritare, ac ſi Sacramentum non eſſet, reddendo perſonas inhabiles ad contrahendum, & ſic invalidum contractum.*

C'eſt la doctrine qu'enſeignoit en Sorbonne dans le ſiecle dernier M. Hennequin, célebre Profeſſeur de Sorbonne, ſuivant qu'il paroît par un extrait des cahiers de ce Profeſſeur, rapporté dans le Traité des Empêchements de Mariage de M. Boileau, où ce Profeſſeur s'exprime ainſi : *Chriſtus matrimonium inſtituendo Sacramentum, nihil in illo ut contractu civili immutavit, ſed tantùm illi, ut prærequiſito fundamento neceſſario impoſuit, trunco inſeruit, principali annexuit, mate-*

Digitized by Google

riali affixit naturam, & dignitatem Sacramenti, ita ut matrimonium contractum civilem reliquerit hujusmodi post, cujusmodi erat ante suî institutionem & elevationem in Sacramentum : ut ante elevationem subjiciebatur, ita & post suî elevationem, saltem priusquam habeat sibi impositam naturam & dignitatem Sacramenti, seu reverà sit inter baptisatos initum tanquam Sacramentum, subjicitur potestati publicæ seculari prohibendum ac dirimendum, seu impediendum ne validè, & licitè ineatur : tum quia propter omnimodam humanæ superioritatis, jurisdictionis ; inferioritatis, subjectionis Ecclesiasticæ ; spiritalis, & secularis corporalis diversitatem ac distinctionem. Matthæi 22. 21. Roman. XIII. v. 1. ad 8. I^a. Petri v. 13. ad 18. & alibi : *sæpius in scripturis inculeatam possunt Principes Laici, independenter ab autoritate & approbatione Principum Ecclesiasticorum, pro varietate locorum, temporum, personarum in suo reipublicæ secularis regimine seculari connaturaliter & relativè ad suum finem & scopum ferre leges civiles, id est ad pacem ac tranquillitatem & bonum reipublicæ pertinentes ; quibus ut alios contractus civiles, ita matrimonium contractum civilem suorum subditorum inbaptisatorum & baptisatorum, quatenus totius corporis & statûs civilis membrorum prohibeant & dirimant ; alioquin carerent*

Digitized by Google

poteſtate ſufficiente quâ bono ſuæ reipublicæ, & ſuorum ſubditorum communi & conſentaneo proſpicerent & conſulerent.

Nec obſtat quod baptiſatorum matrimonium ſit Sacramentum, cùm etiam ſit eſſentialiter contractus civilis, quâ parte eſt directè & immediatè fori ac tribunalis politici, ut juſtâ ex cauſâ vetetur & irritetur ac ſi non eſſet Sacramentum, reddendo perſonas inhabiles ad contrahendum, ideòque illegitimum & invalidum contractum, cùm tamen matrimonium Sacramentum præſupponat, & prærequirat matrimonium contractum civilem legitimum ac validum tanquam ſuum fundamentum truncum, principale, materiale intrinſecum: & certè cùm ex omnium conſenſu principes politici matrimonium baptiſatorum Sacramentum, quatenus contractum civilem poſſunt impedire ne contrahatur licitè adhibendo impedimenta prohibentia; etiam poterunt impedire ne contrahatur validè, ſub pœnâ nullitatis adhibendo impedimenta dirimentia.

15. Quelqu'évidents que ſoient ces principes ſur leſquels eſt fondé le droit qu'a la puiſſance ſéculiere d'établir par des loix des empêchements dirimants des mariages, ſans qu'elle ait beſoin pour cela du concours ni de l'approbation de l'autorité Eccléſiaſtique; néanmoins Bellarmin, Baſile Pons, & quelques autres

Digitized by Google

Auteurs qui voudroient concentrer dans le Pape toute puiſſance, la ſpirituelle & la temporelle, ont attaqué dans leurs écrits le droit de la puiſſance ſéculiere ſur les mariages.

Leurs arguments ſont des plus frivoles. Ils diſent : le mariage eſt un Sacrement, & par conſéquent quelque choſe de ſpirituel ; or la puiſſance ſéculiere ne s'étend pas aux choſes ſpirituelles : elle ne doit donc pas s'étendre aux mariages ; c'eſt donc une entrepriſe de la puiſſance ſéculiere ſur la puiſſance ſpirituelle, lorſque les Princes font des loix ſur les mariages.

La réponſe à cet argument eſt facile. Il y a deux choſes dans le mariage, le contrat civil entre l'homme & la femme qui le contractent, & le Sacrement qui eſt ajouté au contrat civil, & à qui le contrat civil ſert de ſujet & de matiere.

Je conviens que le mariage en tant qu'il eſt Sacrement, eſt quelque choſe de ſpirituel, & n'eſt point du reſſort de la puiſſance ſéculiere ; c'eſt pourquoi les Princes ne peuvent pas faire des loix ſur le mariage en tant qu'il eſt Sacrement ; ce ſeroit, par exemple, de la part des Princes entreprendre ſur les droits de la puiſſance ſpirituelle, s'ils vouloient décider par leurs loix quel eſt le Miniſtre du

Digitized by Google

Sacrement de mariage ; quelles ſont les diſpoſitions qu'on doit apporter pour recevoir la grace attachée à ce Sacrement, & en général s'ils vouloient régler ou décider par leurs loix quelque choſe qui concernât le mariage comme Sacrement.

Mais ſi le mariage eſt Sacrement, & ſous ce reſpect du reſſort de la puiſſance Eccléſiaſtique, il eſt auſſi contrat civil ; & comme contrat civil il appartient à l'ordre politique, & il eſt en conſéquence ſujet aux loix de la puiſſance ſéculiere. La qualité de Sacrement qui ſurvient à ce contrat, mais qui en ſuppoſe la préexiſtence, ne ſouſtrait pas ce contrat aux droits qu'a la puiſſance ſéculiere de régler les contrats, & tout ce qui eſt de l'ordre politique ; car J. C. en inſtituant les Sacrements, & en publiant ſon Evangile, n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien les droits de cette puiſſance ſéculiere qu'il a déclarée être établie de Dieu, & à laquelle il a voulu lui-même être ſoumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été ſur la terre.

D'ailleurs, la loi civile en déclarant nul un contrat de mariage fait contre ſa diſpoſition, ne touche point au Sacrement de mariage, puiſque ce contrat de mariage qu'elle rend nul, n'eſt pas Sacrement ; elle empêche ſeulement en le dé-

Digitized by Google

clarant nul, qu'il puisse être la matiere du Sacrement de mariage. J. C. en élevant le contrat de mariage entre les fidèles à la dignité de Sacrement, n'a entendu élever à cette dignité que les mariages légitimes; il n'y a qu'une union innocente & légitime, telle que celle qui est formée par un mariage légitime, qui soit propre à être le type & l'image de l'union de J. C. avec son Eglise; un mariage que la loi civile défend & qu'elle déclare nul, ne peut passer que pour un commerce illégitime & criminel; & on ne peut prétendre sans une espece d'impiété, que J. C. ait voulu élever à la dignité de Sacrement un tel commerce, & en faire le type & l'image de son union avec l'Eglise.

16. Les Théologiens que nous combattons, disent pour établir leur système: » qu'il y a deux sortes de contrats de » mariage, l'un du droit des gens, qui » est commun à tous les peuples; l'autre » du droit civil, lequel est propre & » particulier à chaque nation. » J. C. (ajoutent-t-ils) ayant voulu communiquer ses Sacrements, non à un Etat particulier, mais à toutes les nations & à tous les royaumes, a choisi pour élever à la dignité de Sacrement, le contrat de mariage du droit des gens qui est com-

Digitized by Google

mun à toutes les nations, & non le contrat civil de quelque État particulier : d'où ces Théologiens concluent qu'il ſuffit qu'un contrat de mariage ne contienne rien de contraire à ce que le droit naturel & des gens exige dans les mariages, quoiqu'on y ait contrevenu à ce qui eſt requis par la loi civile, pour qu'il ſoit un vrai mariage, & pour qu'il ſoit élevé à la dignité de Sacrement ; que la contravention à la loi civile peut bien priver ce mariage des effets civils, mais qu'elle ne peut en empêcher le lien.

Je réponds que ces Théologiens ne s'expriment pas exactement lorſqu'ils diſent qu'il y a deux ſortes de mariages ; l'un du droit des gens, l'autre du droit civil : on doit plutôt dire qu'il y a des choſes qui ſont requiſes pour la validité des mariages par le droit naturel & des gens, & d'autres qui ſont requiſes par le droit civil de chaque nation ; que celles qui ſont requiſes par le droit naturel & des gens, ſont requiſes par-tout, dans tous les lieux, & entre toutes ſortes de perſonnes ; au-lieu que ce qui eſt requis par quelque loi civile, n'eſt requis qu'entre les perſonnes qui étant ſujets de l'Etat où cette loi a été portée, ſont ſoumiſes à ſon empire.

Mais c'eſt à tort que ces Théologiens

Digitized by Google

donnent le nom de mariage du droit naturel à un mariage qui ne contiendroit à la vérité rien de contraire à ce que requiert le droit naturel, mais dans lequel on auroit contrevenu à quelque loi civile, lorsque les parties qui l'ont contracté sont soumises à l'empire de cette loi; car Dieu qui est l'auteur du droit naturel ayant ordonné aux citoyens de chaque Etat l'obéissance aux loix civiles de l'Etat dont ils sont sujets, les parties qui contractent un mariage contre la disposition de quelque loi civile de l'Etat dont ils sont sujets, contreviennent non-seulement à cette loi civile, mais ils contreviennent aussi au droit naturel qui leur ordonnoit l'obéissance à cette loi; c'est pourquoi ce mariage que nos Théologiens conviennent n'être pas un mariage civil, parce qu'il est contraire à la loi civile, n'est pas non plus un mariage du droit naturel, parce qu'il est pareillement contraire à ce que le droit naturel exigeoit d'elles, & ne peut par conséquent servir de matiere au Sacrement.

17. Nos adversaires, pour prouver que les mariages contractés contre la disposition de la loi civile ne laissent pas d'être valables quant au lien, & sont seulement privés des effets civils, alleguent un texte des Sentences du Jurisconsulte Paul,

Digitized by Google

Paul, *lib. 2. tit. 19. 2.* où il eſt dit : *eorum qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur: ſed contracta non ſolvuntur ; contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.*

Je réponds que ces termes *ſed contracta non ſolvuntur*, ne doivent pas s'entendre dans le ſens qu'ils paroiſſent d'abord préſenter. Pour connoître le véritable ſens de ces termes, *ſed contracta non ſolvuntur*, il faut rapprocher ce texte d'un autre texte des Sentences de Paul, *lib. 5. tit. 6. §. 10.* où il eſt dit : *benè concordans matrimonium ſeparari à patre D. Pius prohibuit.*

Avant cette Conſtitution d'Antonin, la puiſſance paternelle ne ſe bornoit pas à empêcher que les enfants de famille ne puſſent contracter mariage ſans le conſentement de leur pere ; mais même après que le mariage avoit été valablement contracté avec le conſentement du pere, la puiſſance paternelle donnoit encore le droit au pere de diſſoudre le mariage de ſa fille par le divorce, lorſqu'il le jugeoit à propos, même malgré ſa fille, lorſque ſa fille mariée étoit demeurée en ſa puiſſance. C'eſt ce que nous apprenons d'un fragment d'Ennius, où ce poëte fait ainſi parler une fille ;

Digitized by Google

Si improbum esse Cteſiphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis? sin est probus,
Cur talem invitum, invitam cogis linquere?

L'Empereur Antonin ayant trouvé que ce droit qu'avoient les peres de diſſoudre le mariage des enfants qu'ils avoient ſous leur puiſſance, lorſqu'il étoit bien concordant, étoit contraire au bien public & au bon ordre de la ſociété, abolit ce droit par ſa conſtitution.

Il eſt facile à préſent d'appercevoir le ſens de ces termes, *ſed contracta non ſolvuntur*: après que Paul a dit que les enfants de famille ne peuvent valablement contracter mariage ſans le conſentement de leur pere en la puiſſance de qui ils ſont: *eorum qui in poteſtate patris ſunt, ſine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur:* il ajoute, *ſed contracta non diſſolvuntur*; c'eſt-à-dire, mais lorſque les mariages ont été une fois valablement contractés, le conſentement du pere y étant intervenu, le pere n'a plus le droit de les diſſoudre, comme il l'avoit autrefois. Enſuite Paul nous apprend la raiſon qui a porté l'Empereur à abolir ce droit que donnoit autrefois aux peres la puiſſance paternelle; c'eſt, dit-il, que l'intérêt public & le bon ordre de la ſociété, qui ne permettent pas de diſſoudre des maria-

Digitized by Google

ges bien concordants, doit prévaloir à cet égard aux droits de la puiſſance paternelle, qui ne contiennent qu'un intérêt de particuliers : *contemplatio enim publicæ utilitatis, privatorum commodis præfertur.*

18. Entre les Théologiens qui ont voulu dépouiller la puiſſance ſéculiere du droit qu'elle a, & dont elle a toujours uſé, de faire des loix ſur les mariages, dont l'inobſervation emporte la nullité du mariage, il y en a qui ne pouvant rien répondre aux exemples tirés des loix Romaines ſur le droit de la puiſſance ſéculiere, conviennent que les Princes ſéculiers ont eu effectivement autrefois le droit de faire des loix ſur les mariages, & d'établir par ces loix des empêchements dirimants ; mais ils diſent que l'Egliſe, pour de bonnes raiſons, s'eſt réſervé à elle ſeule ce droit, & que les Princes s'en ſont volontairement déſiſtés. Rien n'eſt plus abſurde que le ſentiment de ces Théologiens ; car le pouvoir qu'ils conviennent que les Princes ſéculiers ont eu de faire des loix pour la validité ou invalidité des mariages, eſt ou ſpirituel ou temporel : s'il eſt ſpirituel, les Princes n'auroient jamais pu l'avoir, & lorſqu'ils en ont fait uſage, les Evêques n'auroient pas manqué de réclamer. S. Ambroiſe n'auroit pas conſeillé à Théodoſe de faire

Digitized by Google

une loi pour défendre le mariage des cousins germains; mais il auroit plutôt assemblé un Concile de sa province pour les défendre. Si, au contraire, ce pouvoir dépend de la puissance temporelle, l'Eglise, dont la puissance est toute spirituelle, n'a pu se l'attribuer; & les Princes n'ont pu y renoncer, les droits attachés à la puissance souveraine qu'ils ont reçue de Dieu, étant des droits inaliénables.

Par tout ce qui vient d'être dit, il ne peut rester aucun doute que la puissance séculiere a le droit de faire des loix sur les mariages dont l'inobservation les rende absolument & entiérement nuls, non-seulement quant aux effets civils, mais même quant au lien, & les empêche en conséquence de pouvoir servir de matiere au Sacrement de Mariage.

ARTICLE II.

De l'Autorité de l'Eglise sur les Mariages.

19. En assurant à la puissance séculière les droits qui lui appartiennent, nous reconnoissons aussi ceux qui appartiennent à la puissance Ecclésiastique; le mariage étant contrat civil & Sacrement, s'il est, en tant que contrat civil, soumis aux loix séculieres, il est, en tant que Sa-

Digitized by Google

crement, soumis aux regles de l'Eglise: c'est pourquoi nous n'avons garde de nous élever contre le décret du Concile de rente, qui frappe d'anathême ceux qui contestent à l'Eglise le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage : *Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia, vel in iis constituendis errasse, anathema sit.* Sess. 24. Can. 4.

20. Nous avons néanmoins à cet égard deux observations à faire : la premiere, est que le mariage n'étant soumis à la puissance Ecclésiastique qu'en tant qu'il est Sacrement, & n'étant aucunement soumis à cette puissance en tant que contrat civil, les empêchements que l'Eglise établit, seuls & par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le Sacrement, & ne peuvent seuls & par eux-mêmes donner atteinte au contrat civil ; mais lorsque le Prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le Sacerdoce & l'Empire, a adopté & fait recevoir dans ses Etats les canons qui établissent ces empêchements, l'approbation que le Prince y donne, rend les empêchements établis par ces canons, empêchements dirimants de mariage, même comme contrat civil.

21. La seconde observation est, que quoique l'Eglise ait le pouvoir d'établir

Digitized by Google

des empêchements dirimants de mariage ; & que plusieurs de ceux qui sont aujourd'hui en usage, tels que ceux de la Profession Religieuse & des Ordres sacrés, aient été établis par l'Eglise dans des Conciles, néanmoins pendant bien des siecles, l'Eglise n'a pas usé de ce pouvoir ; elle ne connoissoit d'autres empêchements dirimants de mariage, que ceux que la loi naturelle, le Lévitique, & les loix civiles avoient établis. Le Pere Labbe, dans le 10^e^ tome de sa Collection, a placé après les canons du 3^e^ Concile général de Latran, un ancien Recueil de Lettres de Papes, divisé par titres, auquel l'auteur de ce recueil avoit donné le titre d'*Appendix ad Concilium Lateranense tertium.* Nous trouvons dans ce recueil, au titre *de Sponsalibus, cap.* 27, une lettre d'un Pape Benoît à Gaudence Patriarche, qui l'avoit consulté sur la question de sçavoir si une fille pouvoit épouser un jeune homme qui avoit été fiancé seulement, & non marié à la défunte sœur de cette fille ; le Pape répond ainsi à cette question : pourquoi, dit-il, condamnerois-je un mariage qui n'est condamné ni par les saintes Ecritures, ni par les loix de la Puissance séculiere ? *Cur prohibeam quod prohibitum nunquam sacra Scriptura declaravit, sed neque mundanæ leges connume-*

Digitized by Google

ratis perſonis quibus inter ſe nuptias contrahere non licet, de hujuſmodi aliquid dicunt negotio?

Tous les empêchements dirimants de mariage qui ont été établis dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, l'ont été par les loix des Empereurs, comme nous l'avons vu *ſuprà, n.* 13 ; nous n'en trouvons aucun qui ait été dans ces ſiecles établi par l'Egliſe. Si dès le 6^e^ & le 7^e^ ſiecles, les Papes & les Conciles ont défendu les mariages, pour cauſe de parenté & d'affinité, dans des degrés plus éloignés que ceux dans leſquels ils étoient défendus par les loix civiles, c'eſt parce qu'on croyoit dans ces temps (comme nous le verrons en ſon lieu) que ces mariages étoient expreſſément condamnés par la loi du Lévitique. Les Papes & les Conciles n'entendoient pas en défendant ces mariages, établir de nouveaux empêchements dirimants.

22. Même à l'égard des mariages qui ne pouvoient ſe contracter ſans crime, l'Egliſe ſe contentoit de les défendre, ſous peine des cenſures Eccléſiaſtiques ; mais elle ne les déclaroit pas nuls.

Par exemple, quoique l'Egliſe ait toujours regardé comme un très-grand péché la violation que faiſoient de leur vœu en ſe mariant, les Vierges qui avoient

Digitized by Google

été ſolemnellement conſacrées à Dieu ; néanmoins pendant pluſieurs ſiecles elle n'a pas regardé comme un empêchement dirimant de mariage la Profeſſion religieuſe, qui l'eſt devenue depuis. Voyez ce que nous en rapportons *infrà, en la* 3^e^. *part.*

Digitized by Google

SECONDE PARTIE.

Des choſes qui ont coutume de précéder le Mariage.

Les choſes qui ont coutume de précéder le mariage, ſont les Fiançailles & les bans de mariage.

CHAPITRE PREMIER.

DES FIANÇAILLES.

23. LE mariage a coutume d'être précédé de Fiançailles : il n'eſt pas néanmoins de néceſſité qu'il en ſoit précédé.

Les Canoniſtes diſtinguent deux eſpèces de fiançailles ; celles qui ſe font par paroles de préſent, & celles qui ſe font par paroles de futur.

Les fiançailles par paroles de préſent, ſont la convention par laquelle un homme & une femme déclarent l'un & l'autre qu'ils ſe prennent dès à préſent pour époux.

Digitized by Google

Avant le Concile de Trente, ces fiançailles par paroles de préſent, qui ſe faiſoient dans le ſecret, ſans qu'il intervînt de célébration de mariage en face d'Egliſe, étoient de vrais mariages; elles ont été proſcrites par le Concile de Trente & par l'Ordonnance de Blois, & elles ne peuvent plus avoir aucun effet. L'Ordonnance de Blois, *art.* 44, défend aux Notaires d'en recevoir, à peine de punition corporelle. Mornac ſur la Loi 3. *ff. de rit. nupt.* rapporte des Arrêts qui font pareillement défenſes aux Curés & Vicaires d'en recevoir.

24. A l'égard des fiançailles par paroles de futur, qui ſont les ſeules que nous reconnoiſſions, nous en trouvons la définition dans la Loi 1. ff. de Sponſal. *Sponſalia ſunt mentio & repromiſſio futurarum nuptiarum.*

C'eſt-à-dire, une convention par laquelle un homme & une femme ſe promettent réciproquement qu'ils contracteront mariage enſemble.

Nous traiterons, 1°. de l'antiquité & des raiſons de l'uſage des fiançailles: 2°. des perſonnes qui peuvent les contracter: 3°. comment elles ſe contractent: 4°. des choſes qui ont coutume de les accompagner: 5°. des effets des fiançailles: 6°. des Juges qui ſont compétents pour

Digitized by Google

connoître des fiançailles & des peines des parties qui refusent de les accomplir : 7°. enfin, des causes qui peuvent décharger les fiancés de leur engagement.

ARTICLE PREMIER.

De l'Antiquité de l'usage des Fiançailles, & des raisons de cet usage.

25. L'usage des fiançailles est très-ancien parmi les hommes ; il étoit observé chez les peuples du Latium, suivant le témoignage de Servius Sulpicius, rapporté par Aulu-Gelle, *Noct. Attic. lib.* 4. *cap.* 4.

Cet usage a passé delà chez les Romains : *Moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras.* L. 2. ff. de sponsi.

Elles étoient aussi en usage chez les Grecs.

En remontant à une antiquité reculée, nous trouvons que Rachel fut fiancée à Jacob, long-temps avant qu'on la lui donnât en mariage.

26. Saint Augustin nous rapporte la principale raison de cet usage des fiançailles : *Constitutum est*, dit-il, *ut jam pactæ sponsæ non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non suspira-*

Digitized by Google

verit ſponſus dilatam; can. conſtitutum, cauſ. 27. quæſt. 2.

Cet uſage de faire précéder de quelque temps les fiançailles avant que de contracter le mariage, remédie auſſi aux inconvénients qui ſe trouvent dans des mariages trop précipités, qui ſe contractent entre des parties avant que de ſe connoître.

ARTICLE II.

Quelles perſonnes peuvent contracter enſemble des Fiançailles.

27. Pour qu'un homme & une femme puiſſent contracter valablement enſemble des fiançailles, il faut qu'ils ſoient capables de contracter mariage enſemble, ou du moins qu'ils puiſſent décemment eſpérer de le devenir.

Suivant ce principe, un frere & une ſœur ne peuvent pas contracter valablement enſemble des fiançailles, parce qu'il ne peuvent être jamais capables de contracter mariage enſemble.

Au contraire, un couſin & une couſine, quoique dans un degré prohibé, peuvent valablement contracter enſemble des fiançailles; car quoiqu'ils ne ſoient pas alors capables de contracter mariage enſemble,

Digitized by Google

ils peuvent décemment eſpérer de le devenir, lorſqu'ils auront obtenu les diſpenſes néceſſaires.

28. Un homme marié ne peut pas contracter valablement des fiançailles avec une autre femme ; car quoiqu'il puiſſe devenir capable de l'épouſer après la mort de ſa femme ; comme il ne peut décemment eſpérer la mort de ſa femme, il ne peut décemment eſpérer de devenir capable d'en épouſer une autre.

29. Des impuberes peuvent, avec l'autorité de leurs parents ou tuteurs, contracter valablement des fiançailles ; car quoiqu'ils ne ſoient pas encore capables de contracter mariage, ils peuvent décemment eſpérer de le devenir.

Il faut néanmoins, pour les fiançailles qui ſe forment comme tous les autres contrats par le conſentement des parties, que ces impuberes ſoient en âge de comprendre ce qu'ils font ; c'eſt-à-dire, qu'ils aient au moins ſept ans : *à primordio ætatis, ſponſalia effici poſſunt, ſi modò id fieri ab utrâque perſonâ intelligatur, id eſt, ſi non ſunt minores quàm ſeptem annis.* L. 14. ff. *de ſponſ.*

Digitized by Google

ARTICLE III.

Comment se contractent les Fiançailles.

30. Les fiançailles sont un contrat consensuel qui se forme par le seul consentement : *sufficit. nudus consensus ad constituenda sponsalia.* L. 4. ff. *de sponsal.*

La disposition de l'Ordonnance de 1639, art. 7. qui porte que les fiançailles seront rédigées par écrit en présence de quatre parents, concerne la maniere dont les fiançailles doivent se prouver, lorsque l'une des parties en disconvient, & non la substance de l'engagement.

Ce consentement qui forme les fiançailles, doit être un consentement parfait, qui n'ait point été extorqué par violence ou par menaces, & qui n'ait pas été surpris.

La liberté y est tellement nécessaire, que si l'une des parties paroissoit avoir eu un grand empire sur l'esprit de l'autre partie, l'engagement ne seroit pas valable : c'est sur ce fondement que des promesses de mariage, faites entre un Médecin & sa malade, pendant sa maladie, quoiqu'avec le consentement du pere de la fille, ont été jugées non-valables par un Arrêt rapporté par Bouchel, en sa Bi-

Digitized by Google

bliotheque des Arrêts, & par Fevret.

Il n'eſt pas toujours néceſſaire que ce conſentement ſoit exprès : lorſqu'un pere fiance ſa fille à quelqu'un, la fille qui eſt préſente, & qui ne contredit pas à ce que fait ſon pere, eſt cenſée conſentir tacitement aux fiançailles : *quæ patris voluntati non repugnat, conſentire intelligitur.* L. 12. ff. d. tit.

Mais la convention par laquelle les parents du garçon & ceux de la fille conviennent de les marier enſemble, ſans que le conſentement du garçon & de la fille intervienne au moins tacitement, ne font pas de véritables fiançailles ; cette convention n'oblige point le garçon & la fille qui n'ont point conſenti, & ne forme point l'empêchement d'honnêteté publique qui réſulte des fiançailles. *cap. un. de deſponſ. impub. in* 6°.

31. De même qu'on ne peut contracter mariage qu'avec une perſonne certaine & déterminée, on ne peut auſſi contracter valablement des fiançailles qu'avec une perſonne certaine & déterminée. *cap.* 1. *de ſponſ. in* 6°. c'eſt pourquoi, ſi un jeune homme promettoit à trois ſœurs d'épouſer l'une d'elles, cette promeſſe ne produiroit aucun engagement.

32. Outre le conſentement des perſonnes qui contractent enſemble les fiançailles, il faut auſſi pour la validité des fian-

Digitized by Google

çailles celui des personnes dont le consentement est requis pour leur mariage: *in sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur.* L. 7. §. 1. ff. d. tit.

C'est pourquoi les enfants de famille & les mineurs ne peuvent pas contracter valablement des fiançailles & faire des promesses de mariage sans le consentement de leur pere ou mere, tuteur ou curateur: les Princes & Princesses du Sang ne le peuvent sans le consentement du Roi.

33. Il est nécessaire, pour la validité de l'engagement des fiançailles, que cet engagement soit réciproque: c'est ce qui résulte de la définition des fiançailles rapportée *suprà n.* 25. *repromissio futurarum nuptiarum.* Ce terme *repromissio* signifie une promesse réciproque; en conséquence Fevret, en son Traité de l'Abus, *l.* 5. *ch.* 1. *n.* 3. nous rapporte que M. l'Avocat Général Servin, dans la cause du sieur Desportes, fit voir que le billet dudit sieur Desportes, conçu en ces termes, *je promets à Mademoiselle Bourderet de l'épouser*, étoit nul & ne produisoit aucune obligation, parce qu'il n'y avoit pas de promesse réciproque de ladite Demoiselle qui avoit seulement *ex posifacto* apposé sa signature au billet en l'absence dudit Desportes.

Du principe qu'il est de l'essence du

Digitized by Google

contrat de fiançailles, que l'engagement soit réciproque, on tire cette conséquence, que lorsqu'un billet qui contient des promesses de mariage, est laissé entre les mains de l'une des parties, sans que l'autre en ait de son côté un double, le traité est nul, parce qu'étant au pouvoir de la partie, entre les mains de qui est le billet, de ne pas exécuter le traité en supprimant le billet, l'engagement n'est pas réciproque.

Mais si le billet étoit déposé entre les mains d'un tiers, il seroit valable.

34. Les fiançailles peuvent se contracter non-seulement purement & simplement : on peut aussi y apposer un terme, & même une condition, de même qu'aux autres contrats.

L'effet du terme, suivant les principes établis en notre Traité des Obligat. *n.* 230. consiste à empêcher chacune des parties de poursuivre, avant qu'il soit expiré, l'autre partie, pour demander l'exécution des fiançailles ; mais il n'empêche pas que les fiançailles ne soient, dès l'instant du contrat, valablement contractées, & qu'elles ne produisent dès-lors les engagements qui en naissent & les empêchements qui en résultent, dont nous parlerons *infrà*, *part.* 3. *ch.* 3. *art.* 5.

35. La condition qui seroit apposée aux

Digitized by Google

fiançailles, eſt bien différente d'un ſimple terme : non-ſeulement elle empêche les parties de pouvoir, avant ſon accompliſſement, demander l'exécution des fiançailles ; mais encore elle les ſuſpend de maniere que les fiançailles ne produiſent les obligations & les autres effets qui en naiſſent, que dans le cas auquel la condition s'accompliroit, & qu'au contraire elles ſont regardées comme non-avenues, ſi la condition défaillit.

Tant que la condition eſt encore pendante, il n'y a pas d'obligation, mais ſeulement une eſpérance d'obligation : mais comme une obligation conditionnelle donne à celui envers qui elle eſt contractée le droit de faire les actes conſervatoires du droit qu'il eſpere avoir, quoiqu'il ne l'ait pas encore ; ſi l'une des parties qui ont contracté des fiançailles conditionnelles, pendant que la condition eſt pendante, faiſoit publier des bans avec une autre perſonne, celle envers qui elle a contracté ſes premieres fiançailles conditionnelles, ſeroit fondée à y former oppoſition.

36. Les conditions qu'on peut appoſer aux fiançailles, doivent être honnêtes & poſſibles : ſi on avoit appoſé une condition impoſſible, ou la condition d'une choſe contraire aux loix ou aux bonnes mœurs,

Digitized by Google

les fiançailles seroient nulles; tout contrat fait sous de telles conditions étant nul, suivant les principes de droit que nous avons rapportés en notre Traité des Obligations, *n.* 204.

L'Auteur des Conférences de Paris prétend au contraire que les fiançailles contractées sous une condition impossible, ne laissent pas d'être valables, & que la condition doit être regardée comme non écrite, de même que les dispositions de derniere volonté: il se fonde sur une décrétale de Grégoire IX, qui est rapportée au chap. dernier *ext. de cond. appos.* mais cette décrétale étant dans l'espece de conditions apposées au mariage même lorsqu'on le contractoit, on n'a pu en tirer argument pour de simples fiançailles de futur.

37. Les fiançailles peuvent être contractées non-seulement *ex certo die*, *vel sub conditione*, avec un terme ou sous une condition: elles peuvent aussi, de même que les autres conventions, être contractées *ad certum tempus vel ad certam conditionem*; auquel cas, elles produisent, aussi-tôt qu'elles sont contractées, une obligation réciproque, pour l'accomplissement de laquelle, chacune des parties a action aussi-tôt; mais si l'échéance du terme ou de la condition arrive, avant que les fiançailles aient eu leur accomplissement par

Digitized by Google

le mariage des parties, & avant que ni l'une ni l'autre des parties ait été mise en demeure de les accomplir, l'obligation des fiançailles cesse de plein droit. *Voyez notre Traité des Obligations. n.* 224.

38. On a fait la question, si un mariage nul pouvoit valoir au moins comme fiançailles? Les Canonistes font à cet égard une distinction; lorsque le mariage est nul par le défaut d'observation des formes que la loi prescrit, comme lorsque des personnes se sont mariées ailleurs qu'en face d'Eglise, un tel mariage ne vaut pas même comme fiançailles, parce que la loi ne donne aucun effet aux actes faits au mépris de la loi, sans observer les formes qu'elle prescrit: c'est le cas de la maxime: *quod nullum est, nullum producit effectum;* mais lorsqu'on a observé les formes, & que le mariage qui a été fait de bonne foi, n'est nul que parce que les parties n'étoient pas encore capables de contracter mariage, quoiqu'elles fussent capables de contracter des fiançailles, comme lorsque l'une des parties n'avoit pas encore l'usage de puberté: en ce cas, l'acte qui ne peut valoir comme mariage, vaut comme fiançailles, la promesse réciproque de se prendre présentement pour époux, renfermant celle de se prendre pour époux, lorsqu'on le pourra. C'est

Digitized by Google

l'avis de Fagnan, *ad cap. ext. de desponſ. impub.*

ARTICLE IV.

Des choſes qui ont coutume d'accompagner les Fiançailles.

Les choſes qui ont coutume d'accompagner les fiançailles, ſont, 1°. la bénédiction des fiançailles en face d'Egliſe : 2°. les arrhes & les préſents de mariage : 3°. l'acte qui contient les conventions de mariage, qu'on appelle contrat de mariage.

§. I.

De la Bénédiction des Fiançailles.

39. L'uſage de la bénédiction des fiançailles eſt très-ancien dans l'Egliſe. Elle y étoit en uſage dès le quatrieme ſiecle, ſuivant ce qui paroît par une lettre du Pape Syrice à Himerius, Evêque de Tarragone, qui eſt rapportée au ſecond Tome des Conciles du P. Labbe. Il y eſt dit art. 4. *De conjugalium violatione requiſiſti, ſi deſponſatam alii puellam, alter in matrimonium poſſit accipere ? Hoc ne fiat, modis omnibus inhibemus, quia illa benedictio quam* NUPTURÆ *Sacerdos imponit, apud fideles, ſacrilegii inſtar eſt, ſi ullâ tranſgreſſione violetur.*

Digitized by Google

Il est évident que le Pape parle non de la bénédiction nuptiale, mais de la bénédiction que le Prêtre donnoit aux personnes fiancées; car il dit *quam NUPTURÆ Sacerdos imponit.* Il ne dit pas *nubenti*; & d'ailleurs, il ne pouvoit être question que d'une fiancée dans ce qui faisoit l'objet sur lequel Himerius avoit consulté le Pape. Himerius n'auroit pas eu besoin de demander au Pape si on pouvoit marier une femme qui l'étoit déja à un autre.

40. Quelqu'ancien que soit l'usage de cette bénédiction, elle n'est pas de l'essence des fiançailles, qui ne laissent pas d'être valables, quoiqu'elle ne soit pas intervenue. En cela, les fiançailles different du mariage, qui selon les loix du Royaume, ne peut être valablement contracté qu'en face d'Eglise.

La bénédiction est si peu de l'essence des fiançailles, que selon l'usage de quelques Diocèses, du nombre desquels est notre Diocèse d'Orléans, la bénédiction des fiançailles ne se fait qu'après la publication des bans, & par conséquent longtemps après qu'elles ont été contractées.

L'usage des Diocèses où la bénédiction des fiançailles précéde la publication des bans, est beaucoup plus régulier.

Digitized by Google

41. Cette cérémonie de la bénédiction des fiançailles se fait en face d'Eglise. Les parties y déclarent devant le Curé de leur paroisse, ou autre Prêtre par lui commis, qu'elles promettent de s'épouser, & le Prêtre récite sur elles les prieres accoutumées, telles qu'elles sont contenues dans les rituels des différents Diocèses.

Lorsque les parties sont de différentes paroisses, cette cérémonie se fait dans celle de la fiancée, plutôt que dans celle du fiancé; car il est de la décence que ce soit le fiancé qui paroisse aller rechercher la fiancée.

§. II.

Des Arrhes & des Présents de Mariage.

42. On appelle *Arrhes* ce que quelqu'un donne à un autre pour gage de l'exécution de l'engagement qu'il contracte ou qu'il a contracté envers lui, à la charge de n'en avoir aucune répétition dans le cas auquel il manqueroit par sa faute à l'accomplir.

Chez les Romains, c'étoit le fiancé qui avoit coutume de donner des arrhes à la fiancée, ou au pere de la fiancée en la puissance de qui elle étoit. S'il manquoit par sa faute à son engagement, il perdoit

Digitized by Google

les arrhes qu'il avoit données : si c'étoit par la faute de la personne qui les avoit reçues, qui sans aucun juste sujet refusoit d'accomplir le mariage, les arrhes devoient être rendues autrefois au quadruple. *L.* 6. *Cod. Theod. de Sponsal.* & depuis par la Constitution de Léon & Antheme, seulement au double. *L.* 5. §. 1. *cod. de Sponsal. l.* 16. *cod. de Episcop. Aud.*

Lorsque le mariage n'avoit pas eu lieu sans la faute ni de l'une ni de l'autre des parties, *putà* par la mort de l'une d'elles avant qu'elle eût été mise en demeure d'accomplir son engagement, ou pour quelque juste cause, que l'une ou l'autre partie avoit eue de ne pas accomplir les fiançailles, les arrhes étoient rendues purement & simplement sans aucune crue. *l.* 3. *cod. de Sponsal.* Les arrhes doivent pareillement être rendues, lorsque le mariage à eu lieu.

43. Parmi nous, le fiancé & la fiancée se donnent assez souvent réciproquement des arrhes : celle des parties qui sans aucun juste sujet refuse d'accomplir son engagement, doit rendre à l'autre les arrhes qu'elle a reçues, & perdre celles qu'elle a données, pourvu néanmoins qu'elles ne fussent pas trop considérables, eu égard à la qualité & aux facultés des parties.

Lorsque

Digitized by Google

Lorſque les arrhes ſont conſidérables, & qu'elles excédent de beaucoup la ſomme à laquelle pourroient être réglés les dommages & intérêts réſultants de l'inexécution des promeſſes de mariage, la partie qui les a données & qui refuſe ſans aucun juſte ſujet d'accomplir ſon engagement, ne laiſſe pas d'en avoir la répétition ſous la déduction ſeulement de la ſomme à laquelle le Juge doit régler les dommages & intérets dûs à la partie qui les a reçues, pour l'inexécution des promeſſes de mariage. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 20 Août 1680, rapporté au 2^e^ tom. du Journal du Palais.

La raiſon eſt qu'étant d'une extrême importance pour le bien de la ſociété civile que les mariages ſoient parfaitement libres, une partie ne doit pas être miſe dans la néceſſité de contracter un mariage contre ſon gré, par la crainte de ſouffrir une trop groſſe perte, ſi elle refuſoit d'accomplir les promeſſes de mariage pour l'exécution deſquelles elle a donné des arrhes trop conſidérables.

44. C'eſt par cette même raiſon qu'on n'a dans notre Juriſprudence aucun égard aux ſtipulations penales par leſquelles un homme & une femme ſe promettent réciproquement une ſomme d'argent, ou quelqu'autre choſe, en cas de refus d'exé-

Digitized by Google

cuter les promesses de mariage qu'ils se sont faites, lorsque la somme ou la chose promise excéde ce que le Juge estime être dû pour les dommages & intérêts. Arrêt du 29 Août 1713, au sixieme volume du Journal. Notre Jurisprudence est en cela conforme au droit canonique. *Cap. Gemma 29. ext. de sponsal.*

45. Les fiançailles sont aussi souvent accompagnées de présents que le fiancé fait à la fiancée, ou qu'ils se font réciproquement l'un à l'autre. Suivant le droit Romain avant Constantin, ces donations étoient censées pures & simples, & ne se révoquoient pas lorsque le mariage manquoit, à moins qu'il n'y eût quelques circonstances qui y fissent présumer la condition, *si nuptiæ sequantur.* L. 2. Cod. de don. ant. nupt.

Par les constitutions de Constantin, la condition, *si nuptiæ sequantur*, y est toujours sous-entendue; & lorsque le mariage manque par la mort de l'une ou de l'autre partie, il y a lieu à la répétition des choses données; sauf que *si jam osculum intervenerat*, la fiancée retenoit la moitié de ce qui lui avoit été donné en présent. *L.* 15. *&* 16. Cod. d. tit.

Selon les mœurs des Romains, bien différentes des nôtres, une fille n'admettoit aucun homme à la baiser au visage,

Digitized by Google

pas même souvent son fiancé. Lorsqu'elle y avoit admis son fiancé, le fiancé *videbatur pudicitiam ejus prælibasse, in cujus pudicitiæ prælibatæ præmium* la fiancée, lorsque le mariage manquoit, retenoit la moitié de ce qui lui avoit été donné.

En cela, ce qui étoit donné en présent, étoit différent des arrhes que la fiancée devoit rendre en ce cas, sans en rien retenir.

A plus forte raison, lorsque c'étoit par le refus du donataire que le mariage manquoit, les choses qui lui avoient été données en présent, devoient être rendues.

46. Suivant notre Jurisprudence Françoise, dans tous les présents qui se font à des fiancés, la condition, *si nuptiæ sequantur*, y est toujours sous-entendue, quoiqu'elle n'y ait pas été exprimée; & il y a en conséquence toujours lieu à la répétition des choses données, lorsque le mariage manque, à moins que ce ne fût par le refus du donateur; car en ce cas le donateur ayant été mis en demeure d'accomplir la condition, elle doit passer pour accomplie vis-à-vis de lui, suivant la regle de droit: *in omnibus causis pro facto id accipitur, quoties per aliquem mora fit, quominùs fiat.* L. 39. ff. *de Reg. jur.*

Digitized by Google

§. III.

De l'Acte qui contient les conventions matrimoniales.

47. Les fiançailles ſont ordinairement accompagnées ou ſuivies d'un acte reçu devant Notaires, qui ſe paſſe en préſence des parents des fiancés, qu'on aſſemble pour cet effet, lequel contient les conventions matrimoniales. On donne à cet acte le nom de contrat de mariage.

Cet acte n'eſt pas de néceſſité : il arrive ſouvent que les parties ſe marient ſans faire de contrat de mariage, ſur-tout parmi les pauvres gens ; en ce cas, les diſpoſitions des Coutumes ſur la communauté, le douaire, &c. leur en tiennent lieu.

48. Ce contrat de mariage ne peut ſe faire qu'avant le mariage : il n'eſt plus permis, après la célébration du mariage, de faire aucunes conventions matrimoniales ; pluſieurs Coutumes en ont des diſpoſitions. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 202, dit : » En traité de mariage & » *avant* la foi baillée & bénédiction nup- » tiale, homme & femme peuvent faire » & appoſer telles conditions, douaires, » donations, & autres conventions que » bon leur ſemblera. »

Digitized by Google

C'eſt pour cela que les contrats de mariage doivent être faits devant Notaires, dans la crainte des antidates, dont les actes ſous ſignatures privées, ſont ſuſceptibles.

Il y a pourtant des provinces où on admet les contrats de mariage faits ſous les ſignatures privées des parties & de leurs parents reſpectifs.

ARTICLE V.

Des Effets que produiſent les Fiançailles.

Le principal effet que produiſent les fiançailles, eſt qu'elles forment dans chacune des parties un engagement réciproque d'accomplir ſa promeſſe, lorſqu'elle en ſera requiſe par l'autre partie, d'où naît une action que chacune des parties a contre l'autre pour l'obliger à l'accomplir.

Cet effet dérive de la nature des fiançailles, qui ſont un contrat ſynallagmatique.

Le ſecond effet des fiançailles, qui eſt une ſuite du premier, eſt qu'elles forment dans chacune des parties un empêchement prohibitif, qui les empêche de pouvoir, pendant qu'elles ſubſiſtent, ſe marier licitement à un autre.

Cet engagement n'eſt que prohibitif;

Digitized by Google

il n'eſt pas dirimant, comme nous le verrons *infrà*, part. 3.

Enfin, le troiſieme effet des fiançailles eſt qu'elles forment, même après leur diſſolution, un empêchement dirimant, qu'on appelle d'honnêteté publique, qui empêche chacune des parties d'épouſer les parents de la ligne directe de l'autre partie, & même ceux du premier degré de la collatérale, comme nous le verrons *infrà*, part. 3.

ARTICLE VI.

Quels Juges ſont compétents pour connoître de la validité des Fiançailles.

La partie qui refuſe de les exécuter, peut-elle y être contrainte : Et quelle eſt la peine de ſon refus.

49. Les fiançailles étant un contrat, appartiennent, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique ; & par conſéquent, c'eſt le Juge ſéculier qui en eſt le juge naturel.

Néanmoins, en conſidération de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage que les parties ſe ſont réciproquement obligées de contracter, & que le mariage, en tant qu'il eſt élevé à la dignité de Sacrement, renferme quelque

Digitized by Google

chose de spirituel, nos Rois ont bien voulu permettre que les Juges d'Eglise pussent aussi connoître des fiançailles, pourvu qu'ils se bornent à connoître seulement de leur validité ou invalidité, & non des dommages & intérêts qui résultent de leur inexécution.

Le Juge d'Eglise ne peut connoître des fiançailles qu'entre le fiancé & la fiancée : lorsque c'est un pere qui a promis de donner son fils ou sa fille à quelqu'un, l'engagement qu'il contracte n'a rien de spirituel ; il ne peut être poursuivi pour l'accomplir, que devant le Juge séculier.

50. Lorsque l'une des parties fiancées a assigné l'autre devant l'Official, pour exécuter des promesses de mariage, la partie assignée, ou convient, ou disconvient des promesses.

Lorsqu'elle en disconvient, l'Official n'en peut admettre la preuve que de la maniere dont elle est prescrite par la Déclaration du 26 Novembre 1639, qui porte : » Défendons à tous Juges, même à ceux d'Eglise, de recevoir la » preuve par témoins, des promesses de » mariage, autrement que par écrit qui » soit arrêté en présence de quatre proches parents de l'une & de l'autre partie, encore qu'elles soient de basse » condition.

Digitized by Google

La disposition de cette Déclaration est conforme à l'Ordonnance de Moulins, qui a défendu la preuve testimoniale de toutes choses excédantes cent livres, dont les parties ont pu se procurer une preuve par écrit.

Cette Déclaration n'établit donc pas un droit nouveau ; elle ne fait que confirmer à cet égard l'Ordonnance de Moulins : c'est pourquoi, par Arrêt du 29 Décembre 1629, antécédent à cette Déclaration, la Cour jugea qu'il y avoit abus dans un appointement de l'Official du Mans, qui avoit permis la preuve testimoniale de promesses de mariage : il est rapporté par Bardet, *t.* 1. *l.* 3, *ch.* 76.

51. Lorsque les promesses sont avouées ou prouvées, l'Official entre en connoissance de cause si l'engagement a été valablement contracté, & s'il n'est survenu depuis aucun juste sujet d'en dégager la partie qui l'a contracté. Lorsque l'Official trouve l'engagement valable, il prononce que les fiançailles sont valables, & il exhorte la partie à accomplir son engagement ; mais il ne peut la condamner à l'exécution, ni l'y contraindre par censures ecclésiastiques : s'il le faisoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus : Arrêt du 1^er^ Juin 1638, rapporté par Bardet, *tom.* 2, *l.* 7, *ch.* 36. Nous avons rejetté en Fran-

Digitized by Google

ce le *chap. 10. extr. de ſponſ.* qui permet aux Juges d'Egliſe d'employer cette voie. Parmi nous, l'Official doit ſe contenter des voies d'exhortation ; & ſi la partie perſiſte dans ſon refus, il doit prononcer la diſſolution des fiançailles, en lui impoſant une pénitence pour ſon manque de foi, qui conſiſte dans quelques prieres, ou légeres aumônes. Ce manque de foi doit être toléré comme un moindre mal, pour éviter de plus grands maux, que pourroit occaſionner un mariage qui ſeroit contracté par contrainte : *can. requiſivit 17. extr. de ſponſal.*

52. Tout le pouvoir du Juge d'Egliſe ſe borne à impoſer cette pénitence ; il ne peut pas ſtatuer ſur les dommages & intérêts réſultants de l'inexécution des fiançailles ; s'il le faiſoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus.

Néanmoins, quoique l'Official ſoit incompétent par la nature de l'affaire, pour ſtatuer ſur ces dommages & intérêts, il pourroit être compétent par la qualité de la perſonne à qui ils ſeroient demandés : *putà*, ſi un Chanoine, ſimple Clerc tonſuré, avoit fait des promeſſes de mariage qu'il refuſât d'exécuter, & que la fille à qui il les a faites l'eût aſſigné en l'Officialité, & y eût conclu en des dommages & intérêts, l'Official ſeroit com-

Digitized by Google

pétent pour y ſtatuer, par la qualité de la perſonne à qui ils ſont demandés; un Official étant compétent, en matiere profane, pour connoître des actions pures perſonnelles qui ſont intentées devant lui contre des Eccléſiaſtiques. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du mois de Février 1690, ſur les concluſions de M. de Lamoignon, qui fit la diſtinction que nous faiſons: l'Arrêt eſt rapporté au 5.e tome du Journal des Audiences.

53. Hors ce cas, il faut pour les dommages & intérêts réſultants de l'inexécution des fiançailles, ſe pourvoir devant le Juge ſéculier du domicile de la partie refuſante.

Quoique la queſtion ſur la validité des fiançailles ait déja été examinée & jugée à l'Officialité, on ne laiſſe pas de la diſcuter de nouveau devant le Juge ſéculier; le Jugement de l'Official ne pouvant former un préjugé dans le Tribunal ſéculier, qui en eſt indépendant.

Lorſque le Juge trouve l'engagement valable, il condamne la partie qui refuſe de l'accomplir, à une ſomme à laquelle il arbitre les dommages & intérêts dus à l'autre partie pour l'inexécution de l'engagement.

Les dépenſes que les recherches de mariage ont cauſées, pendant tout le temps qu'elles ont duré, à celui qui ſe plaint

Digitized by Google

de l'inexécution des fiançailles, & la perte du temps qu'elles lui ont causée, sont les objets les plus ordinaires de ces dommages & intérêts ; l'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi, y peut aussi quelquefois entrer, dans le cas auquel il y auroit lieu de craindre qu'il ne pût nuire à son établissement avec quelqu'autre.

54. Le Juge, en condamnant la partie qui refuse d'accomplir les promesses de mariage, à une somme pour les dommages & intérêts, ne doit pas ajouter cette alternative, *si mieux n'aime épouser* ; cette prononciation est indécente, & paroît blesser la liberté des mariages : la Cour l'a défendue par Arrêt du 10 Mars 1713.

ARTICLE VII.

Des Causes qui peuvent décharger de leur engagement les parties qui ont contracté des Fiançailles.

55. Il n'est pas douteux que les parties qui ont contracté des fiançailles, peuvent être déchargées de leur engagement, par leur consentement mutuel.

Cela a lieu, quand même les fiançailles auroient été bénites en face d'Eglise ; car ce n'est pas la bénédiction qui forme

Digitized by Google

l'engagement ; il eſt formé par le ſeul conſentement des parties, dès avant que la bénédiction ſoit intervenue, & par conſéquent il peut ſe diſſoudre par leur ſeul conſentement, ſuivant le principe commun à tous les contrats conſenſuels : *Quæ conſenſu contrahuntur, contrario conſenſu diſſolvuntur.*

Quoique les fiançailles aient été confirmées par ſerment, elles ſe diſſolvent par le conſentement mutuel des parties, ſans qu'elles ſoient tenues de ſe faire abſoudre de leur ſerment. L'engagement du ſerment n'étant qu'acceſſoire à celui des promeſſes de mariage que les parties ſe ſont faites, celui qui réſulte des promeſſes étant détruit par leur conſentement mutuel, celui du ſerment l'eſt auſſi de plein droit, ſuivant ce principe de Droit : *Quæ acceſſionum locum obtinent, extinguuntur, quùm principales res peremptæ ſunt.* L. 2. ff. *de pen. leg.*

56. Quoique les fiançailles ſe diſſolvent par le conſentement mutuel des parties qui les ont contractées, néanmoins lorſque ce ſont des mineurs qui les ont contractées de l'autorité de leurs parents ou tuteurs, cette autorité, tant qu'ils ſont en puiſſance d'autrui, eſt néceſſaire pour rompre l'engagement, comme elle l'a été pour le contracter, ſuivant la regle : *Qua-*

Digitized by Google

que eodem modo dissolvuntur, quo colligata sunt. L. 35. *ff.* de Reg. Jur.

57. Ce consentement mutuel de se désister des fiançailles, est censé tacitement intervenu, lorsque les parties ont laissé passer le temps porté par les promesses de mariage, dans lequel elles devoient s'accomplir, sans en avoir requis de part ni d'autre l'accomplissement; c'est pourquoi le laps de ce temps dissout en ce cas de plein droit les fiançailles. *cap.* 22. *extr. de sponsi.*

Lorsque les promesses de mariage ne portent aucun temps dans lequel elles devront être accomplies, les Empereurs Constance & Constant décident que si les parties demeurent dans la même province, la fiancée peut impunément se marier au bout de deux ans à un autre : *Si is qui puellam suis nuptiis pactus est, intrà biennium exequi nuptias, in eadem provinciâ degens superfederit, ejusque spatii fine decurso, in alterius conjunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei sit, quæ nuptias maturando vota sua diutiùs eludi non passa est.* L. 2. cod. de sponsi.

Lorsque le fiancé est absent, la fiancée n'est pas obligée d'attendre son retour plus de trois ans. *L.* 2. *cod. de repud.*

58. Les parties sont sur-tout censées s'être dégagées mutuellement de leurs fiançail-

Digitized by Google

les par un consentement tacite, lorsque par le fait de l'une & de l'autre elles ont contracté un engagement dirimant de leur futur mariage : comme lorsqu'après avoir contracté des fiançailles avec une veuve qui étoit grosse d'un posthume, j'ai été depuis, à sa priere, le parrain de l'enfant dont elle est accouchée. Voyez *infrà*, P. 3.

Il en est autrement lorsque l'empêchement dirimant a été contracté par le fait seul de l'une des parties ; comme lorsque depuis les fiançailles, le fiancé a commis fornication envers une parente de la fiancée. La fiancée est bien dégagée envers lui, mais il ne l'est pas envers elle, & il est obligé, si la fiancée le requiert, d'obtenir à ses dépens dispense de cet empêchement, sinon il est tenu des dommages & intérêts.

59. Il y a certaines causes pour lesquelles l'une des parties est dégagée de son engagement, sans le consentement de l'autre.

1°. Lorsque l'une des parties a manqué à la foi qu'elle avoit donnée, l'autre est dégagée envers elle de son engagement.

C'est sur ce fondement qu'il est décidé au Chapitre *Quemadmodum ext. De Jurejurando*, que si l'une des parties peut prouver que l'autre a commis fornication depuis les fiançailles, elle est dégagée envers elle.

Digitized by Google

Par la même raiſon, ſi l'une des parties fiancées contracte mariage ou même de ſimples fiançailles avec une autre perſonne, l'autre partie eſt dégagée envers elle.

Obſervez qu'il n'y a que la partie à qui l'autre a manqué de foi, qui ſoit dégagée de ſon engagement : celle qui y a manqué, demeure engagée ; par exemple, la partie qui a commis fornication peut être aſſignée pour exécuter la promeſſe de mariage qu'elle a faite.

Celle qui s'eſt mariée à un autre, contre la foi de ſon engagement, ne peut pas à la vérité, tant que ce mariage dure, être aſſignée pour exécuter la promeſſe de mariage, puiſqu'elle ne le peut plus ; mais elle peut l'être en paiement des dommages & intérêts réſultants de l'inexécution de ſa promeſſe ; & même après la diſſolution de ſon mariage qui mettoit obſtacle à l'exécution de ſa promeſſe, elle eſt tenue, ſi elle en eſt requiſe, de l'exécuter.

Lorſqu'une fiancée a manqué à ſa foi en commettant fornication avec un autre homme, ſi ſur mon refus de l'épouſer, & faute de preuve de cette cauſe de diſſolution de nos fiançailles, j'ai été condamné envers elle en des dommages & intérêts, elle eſt obligée dans le for de la conſcience à me reſtituer la ſomme qu'elle

Digitized by Google

a reçue pour lesdits dommages & intérêts ; car ce n'est que faute de fournir la preuve de son manquement de foi, que j'ai été condamné en ces dommages & intérêts ; mais dans la vérité des choses, ayant été dégagé de mon engagement par son manquement de foi, je ne lui en dois point dans le for de la conscience.

2°. 60. Une partie est dégagée de l'engagement des fiançailles sans le consentement de l'autre, lorsqu'il est survenu quelque chose à la partie avec qui elle les a contractées, qui l'eut certainement empêché de les contracter, si elle l'eût prévu.

Le Chapitre *Quemadmodum* 25. *ext. de Jurejurando*, rapporte pour exemple le cas auquel la personne à qui j'ai été fiancé, seroit devenue lépreuse ou paralitique, ou auroit perdu les yeux ou le nez.

Il en est de même des autres maladies comme de l'épilepsie : on peut apporter d'autres exemples, comme lorsque la partie avec qui j'ai contracté des fiançailles, a depuis été condamnée à quelque peine infamante, ou bien encore, lorsqu'il lui est survenu un renversement de fortune imprévu, qui l'empêche de pouvoir apporter un bien capable de subvenir de sa part aux charges du mariage.

Cette décision à lieu, quand même par les fiançailles, il n'auroit été aucunement

Digitized by Google

queſtion de ce que chacune des parties apporteroit en mariage : elle ſouffre beaucoup moins de difficulté, lorſque par le contrat de fiançailles on a réglé ce que chacune des parties apporteroit en mariage ; car en ce cas, je ſuis cenſé ne m'être engagé à vous épouſer, que ſous la condition que vous apporteriez en mariage, ce que vous avez promis d'y apporter ; le renverſement de votre fortune vous mettant hors d'état de l'apporter, je ſuis déchargé de mon engagement, *quaſi ex defectu conditionis.*

Lorſque ma fiancée a été, depuis nos fiançailles, ravie par quelqu'un, quoiqu'elle n'ait pas conſenti au rapt, ce rapt me délie de l'engagement des fiançailles ; car quoique je ne puiſſe pas lui reprocher qu'elle ait manqué à la foi qu'elle m'avoit donnée, & que je ne puiſſe par conſéquent me prétendre délié de mon engagement, pour cauſe d'un manque de foi de ſa part, je le ſuis pour une autre cauſe, qui eſt que le rapt d'une fille, laiſſe à cette fille une certaine note qui m'eût empêché de contracter des fiançailles avec elle, ſi je l'euſſe prévu.

61. 3°. Je ſuis déchargé de l'engagement des fiançailles, non-ſeulement lorſqu'il eſt ſurvenu à la perſonne à qui j'ai été fiancé, quelque choſe qui m'eût empê-

Digitized by Google

ché de les contracter, si je l'eusse prévu; mais encore j'en suis déchargé lorsque c'est à moi à qui il est survenu quelque chose qui m'eût empêché de contracter ces fiançailles, si je l'eusse prévu. Par exemple, s'il m'est survenu quelqu'infirmité qui ne me permette pas de m'engager dans le mariage, sans courir risque d'endommager ma santé; comme si je suis devenu poumonique; ou si c'est une infirmité qui me mette hors d'état de gagner ma vie; s'il m'est survenu un dérangement de fortune qui me mette hors d'état de pouvoir supporter les charges du mariage que nous nous étions promis de contracter. Dans ces cas & autres semblables, je suis dispensé de tenir mon engagement de fiançailles, que je n'eusse pas contracté, si j'eusse prévu ce qui est arrivé.

Quid vice versâ. Si après avoir contracté des fiançailles avec une personne dont la fortune étoit alors égale à la mienne, il m'est depuis survenu une grosse fortune, qui mette une grande disproportion entre ma fortune & celle de ma fiancée, & qui m'eût empêché de contracter avec elle, si je l'eusse prévu, puis-je en conscience ne l'a pas épouser, & chercher un autre parti plus considérable, sauf à lui payer les dommages & intérêts résultants de l'inexécution des fiançailles?

Digitized by Google

J'ai été ſurpris que l'Auteur des Conférences de Paris, *tom.* 1. *pag.* 181 & 182, ait décidé pour l'affirmative, pendant que le Jéſuite Sanchez, qui paſſe pour un Caſuiſte rélaché, tient la négative.

La déciſion du Jéſuite me paroît ſans difficulté; la cupidité qui m'a porté à rechercher une plus grande fortune que celle de ma fiancée, ne peut aux yeux de Dieu, ni même aux yeux d'honnêtes payens, paroître une raiſon valable pour manquer à la foi que je lui ai promiſe. Si j'ai cru, lors des fiançailles, avoir avec le bien de ma fiancée, & celui que j'avois lors, de quoi ſupporter les charges du mariage que nous nous ſommes promis de contracter; à plus forte raiſon, j'ai de quoi les ſupporter depuis que ma fortune a augmenté, & par conſéquent rien ne m'empêche de le contracter.

Les raiſons qu'apporte l'Auteur des Conférences pour ſon ſentiment, ſont des plus frivoles: il dit, 1°. qu'il eſt à propos qu'il y ait dans les mariages égalité de fortune, de peur que le plus riche ne mépriſe l'autre, & que ce mépris ne trouble la paix du mariage. Je réponds qu'on doit ſuppoſer que celui qui conſulte ſur ce cas, eſt un honnête homme; car s'il ne l'étoit pas, il ne conſulteroit pas, & il ne trouveroit aucune difficulté

Digitized by Google

à violer son engagement ; mais dès qu'on le suppose honnête homme, on ne doit pas craindre que la disproportion de sa fortune le porte à mépriser sa femme. Il n'y a que de malhonnêtes gens qui soient capables de ces sentiments.

Il dit, 2°. qu'on doit supposer les fiançailles contractées sous la condition qu'il ne surviendra rien de nouveau. Je réponds qu'on ne doit pas facilement supposer dans les contrats, des conditions qui n'y ont pas été exprimées ; mais sur-tout on ne peut pas supposer qu'on ait mis pour condition une chose à laquelle on n'a pas même pensé. On ne doit donc pas supposer dans cette espece, qu'on ait voulu faire dépendre les fiançailles de la condition, s'il n'arrivoit pas une augmentation considérable de fortune à quelqu'une des parties, puisqu'on n'y a pas même pensé.

62. Quoiqu'il ne soit rien survenu de nouveau ni de part ni d'autre, lorsque je viens à découvrir dans la personne avec qui j'ai contracté les fiançailles, quelque sujet qui existoit au temps des fiançailles, dont je n'avois pas connoissance, & qui m'eût empêché de les contracter, si je l'eusse sçu, je dois, à plus forte raison, être dégagé de mon engagement. La réticence de la partie, avec qui j'ai contracté

Digitized by Google

les fiançailles, est une raison de plus, pour rendre mon engagement nul, & m'en décharger.

On peut apporter pour exemple le cas auquel j'avois ignoré que la fille, avec qui j'ai contracté des fiançailles, auroit été reprise de justice, ou se seroit laissée abuser par quelqu'un, avant les fiançailles.

Il est vrai qu'Innocent III, au chapitre *Quemadmodum*, ci-dessus cité, décide qu'on ne peut se dispenser de tenir sa promesse à sa fiancée sur le prétexte qu'elle auroit commis fornication avant les fiançailles; mais la pureté de nos mœurs ne permet pas de suivre cette décision.

63. Observez que si depuis qu'il est survenu quelque chose à ma fiancée, qui fût de nature à me fournir un juste sujet de retirer ma parole, & pareillement, si depuis que j'ai découvert pareille chose que j'ignorois au temps des fiançailles, j'ai néanmoins continué à fréquenter ma fiancée & à la traiter comme ma fiancée, je deviens par là non-recevable à alléguer cette chose pour me faire décharger de mon engagement, étant censé, par cette fréquentation, l'avoir confirmé en pleine connoissance de cause.

Il en est de même dans le cas inverse: une fiancée qui a continué de recevoir

Digitized by Google

ſon fiancé, depuis qu'il lui eſt ſurvenu ou qu'elle a reconnu quelque choſe, n'eſt plus recevable à le lui oppoſer.

64. Selon le droit des Décrétales, l'une des parties peut licitemenr, ſans le conſentement de l'autre, manquer à l'engagement des fiançailles, en faiſant des vœux ſolemnels de religion, ou en ſe faiſant promouvoir aux ordres ſacrés; l'autre partie ne pouvant pas trouver mauvais qu'elle retire la foi qu'elle lui avoit donnée, pour l'engager à Dieu.

Je penſe que ſi la partie peut en ce cas licitement manquer à la foi des fiançailles, ce ne doit être qu'à la charge de dédommager l'autre partie des dépenſes qu'elles lui ont occaſionnées.

65. Lorſque l'une des parties a pris l'habit de religion, elle n'eſt pas dégagée de ſon engagement, qui n'eſt que ſuſpendu juſqu'à ce qu'elle ait fait profeſſion: autrement, la porte ſeroit ouverte aux fraudes; & il ſeroit au pouvoir d'une fiancée de rompre impunément ſon engagement, en faiſant ſemblant d'entrer en religion: mais quoique la partie qui eſt entrée dans un noviciat, ne ſoit pas dégagée de ſon engagement, néanmoins l'autre partie eſt auſſi-tôt dégagée du ſien; car celle qui a pris l'habit de religion, eſt

Digitized by Google

censée avoir suffisamment par-là renoncé aux fiançailles. *Van Espen de sponsal. cap.* 2. *n°.* 20.

A l'égard des vœux simples que l'une des parties allégueroit avoir faits ; ces vœux n'ayant aucun effet dans le for extérieur, ne peuvent la décharger de son engagement.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Des Bans de Mariage.

66. LE mariage, avant que d'être célébré, doit être précédé de bans.

Le terme *de bans* signifie *publication*, *proclamation.*

Les bans de mariage sont des dénonciations publiques qui se font au prônes des Eglises paroissiales, du mariage que les parties dénommées par lesdites dénonciations, entendent contracter, avec injonction à ceux qui sçauroient des empêchements audit mariage, de les révéler.

Nous traiterons 1°. de l'antiquité de l'usage des bans de mariage & de leur nécessité : 2°. de leur forme : 3°. nous verrons par qui la publication doit s'en faire : 4°. où elle doit être faite : 5°. en quel temps : 6°. de quelles choses le Curé doit s'assurer avant que de publier les bans : 7°. nous traiterons des dispenses de bans, 8°. des oppositions aux bans de mariage.

§. I.

Digitized by Google

§. I.

De l'antiquité de l'usage des Bans de Mariage ; & de leur nécessité.

67. L'usage de faire précéder les mariages par des publications de bans, est très-ancien dans l'Eglise ; il en est fait mention dans l'Epître décrétale du Pape Innocent III, à l'Evêque de Beauvais vers le commencement du treizieme siecle, où ces mots, *secundùm consuetudinem Ecclesiæ Gallicanæ*, se trouvent dans la collection dont Antoine Augustin a donné une édition, & qui ne se trouvent plus dans celle de Raymond de Pegnafort, où cette décrétale est rapportée, *cap.* 27. *ext. de sponsal.*

Innocent III a fait une Ordonnance dans le Concile de Latran, pour faire observer cet usage dans toute l'Eglise. *cap. cùm inhibitio ext. de cland. desponsat.*

68. Les motifs de cette discipline sont, 1°. pour empêcher les mariages clandestins, en rendant les mariages publics par la publication des bans ; 2°. pour avoir révélation des empêchements de mariage qui pourroient se rencontrer dans les parties dont on publie les bans.

Tous ceux qui ont connoissance de

Digitized by Google

quelque empêchement, étant avertis par la publication des bans, ſont obligés de révéler au Curé qui les a publiés, la connoiſſance qu'ils en ont.

Ils y ſont obligés, quand même ils n'en pourroient fournir la preuve; car le Curé qui en eſt averti, peut, ſur les repréſentations qu'il fera ſecrétement à la partie, la faire convenir de l'empêchement, & l'engager à renoncer au mariage qu'elle vouloit contracter.

69. Le Concile de Trente a renouvellé l'Ordonnance du Concile de Latran; l'Ordonnance de Blois a donné force de loi à cet uſage. Elle porte, art. 40. « pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandeſtins, avons ordonné que » nos ſujets ne pourront valablement contracter mariage ſans proclamations précédentes de bans, faites par trois divers » jours de fête, avec intervalle compétent ».

Quoiqu'il ſembleroit par ces termes: *ne pourront valablement contracter mariage*, que le défaut de publication de bans devroit rendre le mariage nul, néanmoins comme c'eſt principalement pour obvier à la clandeſtinité des mariages, que l'Ordonnance requiert cette formalité, ſuivant qu'elle s'en exprime en l'article ci-deſſus rapporté, on ne ſeroit pas reçu à attaquer,

Digitized by Google

par le défaut de cette formalité, un mariage dont la publicité ne seroit pas contestée, & qui ne seroit pas accusé de clandestinité. C'est ce qu'enseignent d'Héricourt en ses Loix ecclésiastiques, chapitre du Mariage, *art.* 1. *n.* 21. & plusieurs autres auteurs. Bardet, *liv.* 7. *ch.* 38. rapporte un Arrêt du mois d'Août 1638, qui a déclaré valable un mariage célébré entre majeurs, sans publication de bans préalable. Il y a un Arrêt semblable du 15 Mars 1691, rendu sur les conclusions de M. d'Agueſſeau, rapporté au 5^e^ T. du Journal des Aud. quoique dans l'espece le mariage eût commencé *ab illicitis*.

Mais lorsqu'un mariage est accusé de clandestinité, si la publicité n'est pas bien prouvée, le défaut de publication de bans est d'un grand poids pour le faire déclarer clandestin, & le faire en conséquence priver des effets civils.

Le Prêtre qui a célébré le mariage, sans s'être fait représenter ou le certificat de proclamation de bans, donné par ceux qui ont dû les publier, ou la dispense de bans accordée par l'Evêque ou son grand-Vicaire, peut être poursuivi, tant devant son Official que devant le Juge séculier, & être puni par l'Official, par des peines canoniques, & par le Juge séculier, par

Digitized by Google

des amendes ou autres peines, ſuivant l'exigence des cas.

§. II.

De la forme des Bans de Mariage.

70. Les bans de mariage doivent contenir les noms, ſurnoms, qualités & demeures des parties, & les noms & qualités de leurs pere & mere, de maniere que le peuple, qui eſt aſſemblé dans l'Egliſe où ils ſe publient, puiſſe connoître quelles ſont les perſonnes dont on publie les bans de mariage.

Cette publication doit ſe faire en langue vulgaire à haute & intelligible voix, de maniere que tout le monde l'entende.

§. III.

Par qui doit ſe faire la publication des Bans.

71. La publication doit ſe faire par le Curé de la Paroiſſe où elle eſt faite, ou par ſon Vicaire, ou par un Prêtre par lui commis : cette publication étant une fonction Curiale, elle ne pourroit pas par conſéquent être valable, ſi elle étoit faite par

Digitized by Google

un Curé primitif, de sa propre autorité. Albert rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 3 Février 1692, qui a déclaré abusive une proclamation de bans de mariage, faite par le Doyen de l'Eglise Cathédrale d'Agde, en sa qualité de Curé primitif de la Paroisse établie dans cette Cathédrale.

Il a été aussi défendu aux Huissiers & autres Officiers de justice, de faire des publications de bans, sur le refus du Curé. Fevret, *l.* 5. *ch.* 2. rapporte un Arrêt du 12 Mars 1614, qui a condamné un Sergent à de grosses peines, pour avoir publié des bans sur le refus du Curé; on doit, en cas de refus du Curé, l'assigner devant l'Official, pour lui enjoindre de les publier; & s'il persiste dans son refus, l'Evêque ou son Vicaire-Général peut commettre un Prêtre pour les aller publier dans l'Eglise du Curé refusant.

§. IV.

Où doit se faire la publication des Bans.

72. Cette publication doit être faite dans l'Eglise Paroissiale des parties; & lorsqu'elles sont de différentes Paroisses, elles doivent être faites dans l'Eglise Paroissiale de chacune des parties; c'est-à-

Digitized by Google

dire, dans celle du lieu de leur réſidence ordinaire, quand même ce lieu ne ſeroit pas leur vrai domicile de droit parce qu'ils n'y ſont pas pour perpétuelle demeure, mais pour raiſon de quelqu'emploi amovible qu'ils y exercent.

Lorſqu'une partie a changé de Paroiſſe ſans changer de Diocèſe, s'il n'y a pas ſix mois entiers qu'elle y demeure, ſes bans doivent être publiés, non-ſeulement dans la Paroiſſe de ſa nouvelle demeure, mais encore dans la Paroiſſe qu'elle a quittée.

Lorſqu'elle a changé de Diocèſe, il faut qu'il y ait un an entier qu'elle y demeure, pour être diſpenſée de faire publier ſes bans dans la Paroiſſe qu'elle a quittée.

Lorſque les parties ſont mineures, leurs bans doivent être publiés, non-ſeulement dans le lieu de leur réſidence, qui eſt leur domicile de fait, mais encore dans celui de la demeure de leurs pere, mere, tuteur ou curateur, qu'on appelle à cet égard leur domicile de droit.

73. Lorſqu'une partie demeure dans le détroit d'une Egliſe qui eſt annexe d'une autre Egliſe, c'eſt l'Egliſe annexe qui eſt ſa Paroiſſe, & où ſes bans de mariage doivent être publiés: ils ne ſeroient pas bien publiés dans l'Egliſe matrice.

On appelle Egliſe annexe, celle qui eſt gouvernée par le même Curé que celui de

Digitized by Google

l'Eglise matrice, mais qui a un détroit particulier distingué de celui de l'Eglise matrice, & où les fidèles de ce détroit vont recevoir les Sacrements, où il y a pour cet effet des fonts baptismaux, & où il y a une fabrique particuliere.

Il en est autrement des Eglises ou Chapelles succursales, établies pour la commodité des Paroissiens éloignés de l'Eglise paroissiale : les bans ne seroient pas valablement publiés dans la succursale ; ils doivent l'être dans l'Eglise paroissiale.

§. V.

En quel temps se fait la publication des Bans.

74. L'Ordonnance dit que les bans seront publiés *par trois divers jours de fêtes, avec intervalle compétent.*

Elle entend par jours de Fêtes, tant les Dimanches que les autres jours fêtés par le peuple.

Barbosa, dont Van Espen rapporte le sentiment, pense que les jours auxquels on fait dans la Paroisse une fête, qui sans être d'obligation, mais seulement de dévotion, y attire un aussi grand concours qu'aux plus grands jours de fêtes, doivent être compris sous le terme de jours de

Digitized by Google

fête, & qu'on peut valablement publier en ce jour des bans de mariage.

C'eſt *intrà Miſſarum ſolemnia*, c'eſt-à-dire, au prône de la Meſſe de Paroiſſe que doivent ſe publier les bans: la publication ſeroit abuſive, ſi elle étoit faite le ſoir à vêpres.

75. L'Ordonnance veut qu'il y ait un intervalle compétent entre les jours que ſe font les publications.

Cet intervalle eſt requis principalement afin que ceux qui ont des oppoſitions à former aux bans, aient le temps de les former.

Il faut auſſi que ceux qui auroient connoiſſance de quelqu'empêchement, aient le temps de venir à révélation.

L'Ordonnance n'ayant pas réglé le temps de cet intervalle, il dépend de l'uſage des différents Diocèſes; dans pluſieurs Diocèſes, du nombre deſquels eſt le nôtre, il ſuffit qu'il ſoit d'un jour.

C'eſt pourquoi, ſi après qu'on a fait une premiere publication le Dimanche, il ſe rencontre une fête au mardi ſuivant, la ſeconde publication pourra ſe faire le mardi; mais ſi la fête s'étoit trouvée le lundi, elle n'auroit pu ſe faire, faute d'intervalle.

Digitized by Google

§. VI.

Des choſes dont le Curé doit s'aſſurer avant de publier les Bans de mariage.

76. Les bans de mariage ne doivent ſe publier que du conſentement des deux parties qui ſe ſont réciproquement promis de s'épouſer; c'eſt pourquoi, ſi l'une des parties apporte à ſon Curé des bans de mariage à publier, le Curé ne doit pas procéder à la publication, ſans s'être auparavant aſſuré que l'autre partie y conſent.

Lorſque les parties, ou l'une d'elles, ſont enfants de famille, ou en puiſſance d'autrui, le Curé doit, avant que de procéder à la publication des bans, ſe faire repréſenter le conſentement de leur pere, mere, tuteur ou curateur; ce conſentement étant requis pour la publication des bans par la Déclaration du 26 Novembre 1639, *art.* 1. où il eſt dit : « la proclamation des » bans ſera faite par le Curé de chacune » des parties contractantes, avec le con» ſentement des pere, mere, tuteurs ou » curateurs, s'ils ſont enfants de famille » ou en la puiſſance d'autrui ».

Digitized by Google

§. VII.

Des Diſpenſes de Bans.

77. Le Roi, en faiſant, par l'Ordonnance de Blois, une loi qui n'étoit auparavant qu'un article de diſcipline eccléſiaſtique, a bien voulu laiſſer aux Evêques ou à leurs-Vicaires-Généraux, le pouvoir d'en accorder des diſpenſes: les Vicaires-Généraux, nommés par les Chapitres des Cathédrales, pour exercer la Juriſdiction épiſcopale pendant la vacance du Siege, ont le droit d'accorder ces diſpenſes.

On a mis en queſtion, ſi certains Abbés, qui ſont en poſſeſſion d'une Juriſdiction quaſi-épiſcopale dans un certain territoire, ont le droit d'accorder ces diſpenſes: Fagnan, ſur le chap. *cùm inhibitio ext. de cland. deſp.* le leur refuſe. L'Auteur des Conférences de Paris cite des exemples d'Abbés qui ſont en poſſeſſion de les accorder, ſauf que l'Evêque a la prévention; & que lorſque les parties ſe ſont adreſſées à l'Evêque qui les a refuſées, l'Abbé ne peut plus les accorder.

Lorſque les parties ſont de différents Diocèſes, la diſpenſe de l'Evêque de l'une des parties ne ſuffit pas; chacune des

Digitized by Google

parties doit avoir la dispense de son Evêque.

78. L'Ordonnance de Blois a réglé en quels cas il étoit permis aux Evêques d'accorder ces dispenses.

Il est dit en l'article 40 de cette Ordonnance « qu'on ne pourra obtenir dispenses qu'après la premiere proclamation faite ; & ce, seulement pour » quelqu'urgente & légitime cause, & » à la réquisition des principaux & plus » proches parents des parties contractantes ».

On peut donner pour exemple d'une juste cause de dispense, le cas auquel il y auroit lieu de craindre de la part de quelqu'un, qu'il ne formât par malice une opposition mal fondée, qui différeroit le mariage pendant un long temps qui seroit nécessaire pour la faire vuider : *si probabilis fuerit suspicio matrimonium malitiosè impediri posse, si tot præcesserint denuntiationes.* Conc. Trid. Sess. 24. Cap. 1°.

Il peut y avoir plusieurs autres justes causes de dispenses, *putà*, la grossesse de la fiancée, qui exige l'accélération de la célébration du mariage, pour éviter le scandale d'un accouchement qui arriveroit avant ou trop peu de temps après le mariage.

Le cinquieme Concile de Milan, tenu

Digitized by Google

par Saint Charles, décide que la proximité du temps du Carême ou de l'Avent, n'eſt pas une cauſe ſuffiſante pour diſpenſer de la publication de quelqu'un des trois bans : *cùm præſertim* (dit le Concile) *eo ſacro tempore, qui jam matrimonio juncti ſunt ab illius uſu abſtinere potiùs conveniens ſit, nedum ſponſos unâ conjungi.* Conc. Med. 5. can.

Saint Charles étoit bien éloigné d'accorder des diſpenſes pour la célébration des mariages, même dans ces ſaints temps.

79. La diſpoſition de l'Ordonnance qui ne permet d'accorder des diſpenſes de la proclamation de quelqu'un des bans, que pour de juſtes cauſes, n'eſt gueres bien obſervée.

Celle qui défend de n'en accorder qu'après la premiere publication, n'eſt pas non plus obſervée à la rigueur, & on tolere que les Evêques ou leurs Grands-Vicaires accordent quelquefois la diſpenſe des trois bans; mais ils doivent être très-réſervés. Par Arrêt du 13 Juin 1634, rapporté par Bardet, *t.* 11. *l.* 3. *ch.* 23. il eſt fait défenſes à tous Grands-Vicaires de ne plus accorder diſpenſes des trois bans, ſans connoiſſance de cauſe, à peine de nullité & de répondre en leur nom, des dépens, dommages & intérêts des parties.

Digitized by Google

Fevret, en ſon Traité de l'Abus, *L.* 5. *ch.* 2. *n.* 32. obſerve, à l'égard des diſpenſes, qu'il y a lieu à l'appel comme d'abus, lorſque le Supérieur Eccléſiaſtique a impoſé aux parties, plus que ce qui eſt accoutumé, quand même la ſomme auroit été applicable en œuvres pies.

80. Il nous reſte à obſerver que les Evêques ou leurs Vicaires-Généraux peuvent bien diſpenſer de faire les proclamations; mais qu'ils n'ont pas le droit de permettre qu'elles ſoient faites par un Prêtre étranger, ni ailleurs qu'en la Paroiſſe des parties: ſi l'Evêque le permettoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus. Fevret, *L.* 5. *ch.* 2. *n.* 28

§. VIII.

Des Oppoſitions aux Bans.

81. Les perſonnes qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage dont on a publié les bans, peuvent former oppoſition aux bans.

Telle eſt celle qui prétendroit être mariée ou même ſeulement fiancée à une perſonne dont on a publié les bans de mariage avec une autre.

Ces oppoſitions ſont auſſi quelquefois formées par les parents, ſur-tout par les pere, mere, tuteurs ou curateurs qui pré-

Digitized by Google

tendent avoir droit d'empêcher le mariage de l'une des parties.

82. Cette opposition se fait par une signification qui est faite par le ministere d'un Huissier ou Sergent, au Curé qui a publié les bans, par laquelle il est dit qu'un tel est opposant au mariage d'un tel ou d'une telle, dont le Curé a publié les bans.

L'Arrêt de réglement du 15 Juin 1691, ordonne qu'à cet effet, les Curés seront tenus d'avoir un registre où ils transcriront les oppositions, & pareillement les désistements & main-levée qui en seroient donnés par les parties, ou prononcés par des jugements. Ils doivent faire signer sur leur registre, la personne qui donnera la main-levée; & lorsqu'ils ne la connoissent pas, ils doivent se faire certifier qu'elle est la même personne.

L'opposition, quelque mal fondée qu'elle paroisse, doit empêcher le Curé de passer à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il ait été donné main-levée, ou par la partie opposante, ou par le Juge.

L'appel interjetté par l'opposant de la Sentence qui a donné main-levée, suspend cette main-levée, & doit empêcher le Curé à qui il est signifié, de passer outre à la célébration.

Le Curé qui, au mépris de l'opposition à lui signifiée, auroit passé outre à la célé-

Digitized by Google

bration du mariage, doit, suivant le droit canonique, être puni par l'Official par une suspense de trois ans, *cap. cùm inhibitio ext. de cland. desponſ.* Il peut aussi en ce cas, être poursuivi devant le Juge séculier, pour les dommages & intérêts de la partie opposante ; mais le mariage n'est pas nul, pour cela seul qu'il a été célébré au mépris de l'opposition, lorsqu'elle n'étoit pas fondée. D'Hericourt, en son Traité des Loix ecclésiastiques, *t.* du Mariage, *n.* 23. en fait une maxime, & il n'y a point de loi qui en prononce en ce cas la nullité. Néanmoins il y a au cinquieme tom. du Journal des Audiences un Arrêt du 3 Décembre 1691, qui, sur l'appel comme d'abus interjetté par un pere, de la célébration du mariage de son fils majeur de trente-deux ans, célébré au mépris de son opposition, a déclaré nul ce mariage, quoiqu'il y en eût plusieurs enfans. Les moyens proposés par M. l'Avocat Général de Lamoignon étoient, qu'il étoit important pour le public de ne pas souffrir qu'on passe outre à la célébration d'un mariage, au mépris d'une opposition ; qu'ainsi le mariage devoit être déclaré nul, sauf aux parties, après l'opposition vuidée, à le réiterer : j'aurois de la peine à me rendre à la décision de cet Arrêt, & à déclarer nul un mariage, pour

Digitized by Google

avoir été célébré au préjudice de l'opposition, lorsqu'il paroît qu'elle n'étoit pas fondée.

83. La partie qui veut avoir main-levée de l'opposition faite à ses bans de mariage, doit assigner l'opposant devant le Juge qui est compétent pour en connoître.

La compétence du Juge dépend de la chose qui fait l'objet de l'opposition.

Lorsque l'opposition concerne le lien qui naît des fiançailles ou d'un mariage, que la partie opposante prétend avoir contracté avec la partie dont on a publié les bans de mariage avec une autre, c'est au Juge d'Eglise à qui la connoissance en appartient, & devant qui l'assignation doit être donnée, *suprà n.* 43.

Si l'opposant fournit la preuve qu'il y a effectivement un mariage subsistant entre lui & la partie dont on a publié les bans avec une autre personne, l'Official doit alors, en faisant droit sur l'opposition, faire défenses de passer outre au mariage.

Lorsque ce ne sont que des fiançailles qui font le sujet de l'opposition, si l'opposant en fait la preuve, l'Official les déclare bonnes & valables, & il exhorte l'autre partie à les accomplir; si elle persiste en son refus, après lui avoir imposé

Digitized by Google

une pénitence, il prononce la diſſolution des fiançailles, & en conſéquence fait main-levée de l'oppoſition. Lorſque l'oppoſition n'eſt pas trouvée fondée, l'Official en prononce la main-levée ; mais il ne peut ſtatuer ſur les dommages & intérêts ; il y auroit lieu à l'appel comme d'abus, s'il le faiſoit.

84. Toutes les autres oppoſitions qui ne concernent pas le lien, telles que celles qui ſont faites par le pere, la mere ou le tuteur de l'une des parties, ſont entiérement de la compétence du Juge ſéculier ; il y auroit lieu à l'appel comme d'abus, ſi le Juge d'Egliſe s'ingéroit d'en connoître.

Digitized by Google

TROISIEME PARTIE.

Des personnes qui peuvent contracter Mariage ensemble ; & des Empêchements de Mariage qui se rencontrent dans les personnes.

85. LES personnes qui peuvent contracter mariage ensemble, sont celles dans lesquelles il n'y a aucun empêchement de le contracter, ou qui en ont obtenu une valable dispense.

Dans nos Colonies, les esclaves, avec la permission de leurs maîtres, peuvent contracter mariage aussi-bien que les personnes libres : comme ils n'ont pas d'état civil, leurs mariages n'ont, à la vérité, aucuns effets civils ; mais ils ont les effets qui naissent du droit naturel ; ils forment une union indissoluble, qu'il n'est pas en leur pouvoir, ni au pouvoir de leurs maîtres de rompre. Nous avons à ce sujet un canon d'un Concile de Châlons, tenu en l'an 817 : ce canon qui est le trentieme, condamne l'opinion de ceux qui pensoient que les maîtres pouvoient, à leur gré, rompre le mariage de leurs esclaves ; *non attendentes*, dit ce canon, *illud Evangelicum quod Deus conjunxit, homo non se-*

Digitized by Google

paret ; undè visum est nobis ut conjugia servorum non dirimantur, etiam si diversos dominos habeant ; sed in uno conjugio permanentes, dominis suis serviant.... & hæc ubi legalis conjunctio fuit, & ex consensu dominorum.

Nous partagerons cette Partie en quatre chapitres : dans le premier, nous rapporterons les divisions générales des empêchements de mariage qui peuvent se rencontrer dans les personnes. Dans le second, nous parcourerons les différentes especes d'empêchements dirimants absolus. Dans le troisieme, nous parcourerons les différentes especes d'empêchements dirimants relatifs. Dans le quatrieme, nous traiterons des dispenses de ces empêchements.

Nous ne traiterons dans toute cette Partie que des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

Il y a d'autres empêchements qui naissent du défaut de quelqu'une des choses qui sont requises pour la validité des mariages ; cette matiere sera traitée dans la quatrieme Partie.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

Divisions générales des Empêchements de Mariage qui se rencontrent dans les personnes.

86. LA principale division des empêchements de mariage, qui peuvent se rencontrer dans les personnes, est en ceux qu'on appelle dirimants, & ceux qu'on appelle simplement prohibitifs.

Les empêchements *dirimants* sont ceux qui rendent nul le mariage de la personne en qui ils se rencontrent lorsqu'elle le contracte.

Mais si ces empêchements ne surviennent en la personne de l'un des conjoints, qu'après son mariage, ils ne peuvent pas dissoudre un mariage valablement contracté, comme nous le verrons, *infrà.* Nous parcourerons les différentes especes de ces empêchements dans les deux Chapitres suivants.

Les empêchements simplement prohibitifs, sont ceux qui empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter *licitement* le mariage, mais qui ne l'empêchent pas de le contracter valablement.

La personne en qui se rencontre cet

Digitized by Google

empêchement, commet un péché en se mariant; mais son mariage est valable.

87. Le vœu simple de chasteté qu'a fait une personne, tant qu'elle n'en a pas obtenu dispense du Supérieur Ecclésiastique, est un empêchement de mariage, qui n'est que prohibitif. Il n'y a que les vœux solemnels de religion, qui forment un empêchement dirimant.

C'est pourquoi, si une personne qui a fait ce vœu simple, contracte mariage, elle peche en le contractant; mais le mariage est valable.

Observez que son vœu de continence subsiste, à l'effet qu'elle ne peut demander le devoir conjugal, ni passer à un autre mariage après la dissolution de celui qu'elle a contracté, sans commettre un nouveau péché; mais son vœu n'empêche pas qu'elle ne doive rendre le devoir conjugal, lorsqu'elle en est requise: l'engagement qu'elle a contracté envers la personne qu'elle a épousée, à qui elle a donné un pouvoir sur son corps, est à cet égard un engagement plus fort que celui de son vœu, auquel celui de son vœu doit céder.

C'est la décision de Saint Augustin, dans sa lettre au Comte Boniface, qui s'étoit marié après avoir fait vœu de continence: *certè*, lui dit-il, *ad illam vitam*

Digitized by Google

continentiæ non hortarer; conjux impedimento est, sine cujus consensione vivere non licet.

88. Le lien qui résulte des fiançailles valablement contractées, forme aussi, tant qu'il subsiste, un empêchement de mariage avec toute autre personne que celle à qui on a donné sa foi, qui n'est que prohibitif.

89. Il y avoit plusieurs autres especes d'empêchements prohibitifs, qui ne sont plus en usage.

Tant que l'usage de la pénitence publique a subsisté dans l'Eglise, l'état de pénitence publique formoit dans la personne qui y avoit été soumise, un empêchement de mariage, qui n'étoit que prohibitif, & qui duroit tout le temps que devoit durer la pénitence.

Le meurtre de son mari ou de sa femme, & celui d'un Prêtre, formoient aussi autrefois dans la personne du meurtrier, un empêchement prohibitif de mariage.

Le mariage contracté avec une Religieuse, connue pour telle, formoit aussi dans la personne qui l'avoit contracté, un pareil empêchement.

90. Une autre division des empêchements de mariage, qui se rencontrent dans les personnes, est en ceux qui sont *abso-*

Digitized by Google

lus, & ceux qui ſont ſeulement relatifs.

Les empêchements abſolus ſont ceux qui empêchent la perſonne en qui ils ſe rencontrent, de contracter aucun mariage, tels que ceux qui réſultent du défaut de raiſon, du défaut de puberté, de la profeſſion Religieuſe, & les autres, dont nous traiterons au Chapitre ſuivant.

Les empêchements relatifs ſont ceux qui n'empêchent pas abſolument la perſonne, en qui ils ſe rencontrent, de contracter aucun mariage, mais qui l'empêchent ſeulement de contracter mariage avec certaines perſonnes, tels que ſont ceux qui réſultent de la parenté, de l'affinité, & autres, dont nous traiterons au Chapitre troiſieme.

91. Enfin, une autre diviſion des empêchements de mariage, qui ſe rencontrent dans les perſonnes, eſt en ceux qui naiſſent de la nature, même du mariage, ceux qui naiſſent de la loi naturelle & divine, & ceux qui naiſſent des loix des Princes ſéculiers, ou de la diſcipline eccléſiaſtique.

Les empêchements qui naiſſent de la nature même du mariage, ſont le défaut de raiſon, le défaut de puberté & l'impuiſſance: le mariage étant un contrat qui, de même que tous les autres contrats, ne peut ſe former que par le conſentement des parties contractantes, il eſt évident

Digitized by Google

que les personnes, qui n'ayant pas l'usage de la raison, sont incapables de donner un consentement, sont par conséquent incapables de contracter mariage.

Pareillement, le mariage ayant pour fin principale la procréation des enfants, il s'ensuit que le défaut de puberté & l'impuissance rendent incapable de mariage.

Les empêchements qui naissent de la loi naturelle & divine sont ceux qui sont rapportés aux chapitres dix-huit & vingt du Lévitique.

Les autres empêchements naissent des loix des Princes ou de la discipline ecclésiastique.

CHAPITRE

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Des Empêchements dirimants de Mariage qui ſont abſolus.

LES empêchements dirimants de mariage qui ſe rencontrent dans les perſonnes, & qui ſont abſolus, c'eſt-à-dire, qui empêchent la perſonne en qui ils ſe rencontrent, de contracter aucun mariage, ſont au nombre de ſix; 1°. le défaut de raiſon; 2°. le défaut de puberté; 3°. l'impuiſſance; 4°. un mariage ſubſiſtant; 5°. la Profeſſion religieuſe; 6°. l'engagement dans les Ordres ſacrés. Nous traiterons de chacun.

ARTICLE PREMIER.

Du défaut de raiſon.

92. Il eſt évident que les perſonnes qui ſont entiérement privées de l'uſage de la raiſon, ſoit par folie, ſoit par imbécillité, ſont abſolument incapables de contracter mariage, puiſqu'elles ſont incapables de donner un conſentement qui eſt de l'eſſence du mariage, de même que de tous les autres contrats.

Digitized by Google

Lorsque la folie d'une personne a des intervalles lucides, cette personne ayant pendant ce temps l'usage de la raison, il n'est pas douteux que le mariage qu'elle contracteroit pendant ce temps, seroit valable.

Observez que lorsqu'il est justifié que la folie de la personne dont on attaque le mariage, a commencé avant son mariage, & continué depuis, c'est à la partie qui oppose que la folie avoit des intervalles, à justifier de ces intervalles lucides.

On ne doit pas regarder comme une folie qui rende incapable de contracter mariage, celle d'une personne dont l'imagination n'est blessée que sur un point, & qui, sur tout le reste, fait usage de sa raison, tel qu'étoit cet homme dont parle Horace.

Fuit haud ignobilis Argis
Qui se credebat miros audire tragœdos,
In vacuo lætus sessor, plausorque theatro:
Cætera qui vitæ servabat munia recto
More.

93. Il ne faut pas non plus mettre au rang des personnes privées de l'usage de la raison, les sourds & muets de naissance; ces personnes non-seulement jouissent de leur raison, mais elles font entendre par des signes leurs pensées, & on leur fait pareillement entendre par des signes ce qu'on veut leur faire entendre; c'est pourquoi, pouvant faire entendre le con-

Digitized by Google

sentement qu'elles donneroient à un mariage, elles ne sont point incapables de le contracter. Innocent III l'a décidé de cette maniere au chap. *cum apud 23. ext. de sponſ.* & la Cour l'a jugé par un Arrêt du 16 Janvier 1658, rapporté par Soefve.

ARTICLE II.

Du Défaut de puberté.

94. La procréation des enfants étant la fin principale du mariage, c'eſt une conſéquence que ceux qui ne ſont pas *habiles* à la génération, & par conſéquent les impuberes, ne ſont pas habiles au mariage. *Juſtas nuptias contrahunt maſculi quidem puberes, fœminæ verò viripotentes* Inſt. tit. *de Nupt.*

La loi a fixé l'âge auquel la puberté eſt préſumée, à celui de 14 ans accomplis pour les garçons, & de 12 ans accomplis pour les filles. *Inſtit. d. tit.*

Une perſonne avant cet âge eſt préſumée impubere, & le mariage qu'elle contracteroit, n'eſt pas en conſéquence valable.

Néanmoins ſi la vigueur avoit devancé l'âge en cette perſonne, & qu'elle eût donné des preuves de puberté, *putà*, ſi une jeune fille, mariée avant l'âge de 12 ans, étoit devenue groſſe, le mariage ſeroit valable; car le défaut de l'âge ne

BIBLIOTHEQUE DE LA VILLE LYON
Digitized by Google

forme un empêchement de mariage qu'autant qu'il forme une présomption de défaut de puberté ; mais dans cette espece, la présomption est détruite par le fait & la preuve que cette jeune personne a donnée de sa puberté.

C'est ce qui a été jugé par un Arrêt, rapporté par Bouguier, à l'égard d'une jeune veuve d'onze ans neuf mois : les héritiers du mari avoient attaqué de nullité son mariage, comme fait avant l'âge, & lui avoient contesté toutes ses conventions matrimoniales ; la jeune veuve ayant prouvé qu'elle étoit grosse, il fut jugé que le mariage étoit valable, & qu'elle devoit en conséquence jouir de son douaire & de ses autres conventions matrimoniales.

M. Bouguier rapporte qu'on avoit opposé un Arrêt contraire ; mais il observe que dans l'espece de l'Arrêt opposé, la veuve n'avoit pas prouvé la consommation de son mariage.

La décision de l'Arrêt rapporté par Bouguier, est conforme à celle du Pape Alexandre III, *cap. de illis* 9. *ext. de desp. imp.* ou dans l'espece d'un mariage contracté entre de jeunes personnes au dessous de l'âge ordinaire de la puberté ; le Pape dit : *si ita fuerint ætati proximi, quod potuerint copulâ carnali conjungi, minoris ætatis intuitu separari non debent, quùm in eis*

Digitized by Google

ætatem suppleviſſe malitia videtur.

95. Lorſque depuis l'âge de puberté ſurvenu, les conjoints ont continué de demeurer enſemble comme mari & femme, cette co-habitation rétablit leur mariage; il en réſulte un nouveau conſentement tacite que les parties donnent à leur mariage dans un temps auquel elles ſont devenues capables de le contracter; c'eſt la déciſion de la loi 4. *ff. de* tit. nupt. *minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, quùm apud virum expleſſet duodecim annos.* C'eſt auſſi la diſpoſition du chap. *atteſtationes* 10. *ext. de deſp. impub.* enfin, c'eſt la doctrine enſeignée par nos Auteurs. Fevret, Tr. de l'Abus, *L.* 5. *ch.* 1. *n.* 7. Mornac, *ad L.* 4. *ff. de* rit. Nupt. *&c.*

ARTICLE III.

De l'Impuiſſance.

96. L'impuiſſance à la génération eſt auſſi, dans la perſonne en qui elle ſe rencontre, un empêchement dirimant de mariage, qui la rend incapable de contracter aucun mariage.

Quoique l'union des corps ne ſoit pas préciſément & abſolument de l'eſſence du mariage, & que les conjoints par ma-

Digitized by Google

riage, puissent, d'un commun consentement, s'en abstenir; néanmoins comme la procréation des enfants, à laquelle on ne peut parvenir sans cette union des corps, est la fin principale du mariage, il faut, pour être capable de mariage, avoir au moins le pouvoir de parvenir à cette union des corps.

Si les impuberes sont regardés comme incapables de contracter mariage, parce qu'ils ne sont pas habiles à la génération, quoiqu'ils doivent un jour le devenir, à plus forte raison les impuissants, qui ne peuvent jamais le devenir, en sont incapables.

97. Pour que l'impuissance soit un empêchement de mariage dans la personne en qui elle se rencontre, il n'importe qu'elle soit de naissance, ou qu'elle lui soit survenue depuis. Par exemple, si à l'occasion de quelque maladie, il avoit fallu couper à une personne, quelqu'une des parties nécessaires à la génération, cette amputation le rendroit incapable à l'avenir de contracter mariage.

Mais il n'y a qu'une impuissance perpétuelle & incurable, telle que celle qui résulte de la privation de quelqu'une des parties nécessaires à la génération, qui forme un empêchement de mariage; celle qui n'est que passagere & dont on peut

Digitized by Google

espérer la guérison, ne rend pas la personne en qui elle se rencontre, incapable de mariage.

Quoique la grande vieillesse forme ordinairement, sur-tout dans les femmes, une impuissance à la génération; néanmoins comme il y a quelques exemples, quoique très-rares, de personnes qui ont eu des enfants dans un âge très-avancé; cette espece d'impuissance n'a pas été regardée comme suffisante pour former un empêchement de mariage; c'est pourquoi les femmes aussi-bien que les hommes sont dans la plus grande vieillesse capables de mariage.

98. L'impuissance est un empêchement dirimant de mariage, lorsque celui-ci existe au temps auquel le mariage se contracte; mais s'il n'est survenu que depuis le mariage, il ne le rompt pas. *Voyez sur la preuve de ce vice ce qui est dit* infrà.

ARTICLE IV.

De l'Empêchement qui résulte d'un Mariage subsistant.

99. Un mariage subsistant, dans lequel une personne se trouve engagée, est dans cette personne un empêchement dirimant qui rend de plein droit nul tout autre ma-

Digitized by Google

riage qu'elle contracteroit avec une autre personne avant la dissolution du premier.

Cette espece d'empêchement est aussi pris, comme les trois autres, dans la nature du mariage. Le mariage, par son institution primitive a été établi pour être l'union d'un seul homme avec une seule femme, qui doit être si intime, qu'ils ne fassent tous les deux qu'une même chair : *erunt duo in carne unâ ;* l'homme par cette union se donne tout entier à sa femme, comme la femme se donne tout entiere à son mari. Or si l'homme, par le mariage qu'il contracte avec sa femme, se donne tout entier à sa femme ; si la femme acquiert par le mariage un droit sur le corps de son mari, l'homme, tant que cette union subsiste, n'est plus maître de son corps, il ne peut plus en disposer envers une autre femme ; & par conséquent, il ne peut, tant que la premiere union subsiste, contracter mariage avec une autre femme. La polygamie est donc contraire à l'institution primitive du mariage, & par conséquent à l'ordre de Dieu & au droit naturel.

Telle étoit l'idée qu'avoient de la polygamie les Peres de l'Eglise. Nous citerons à cet égard Tertullien, qui en faisant remarquer que ce fut Lamech, petit-fils de Caïn au cinquieme degré, qui pra-

Digitized by Google

tiqua le premier la polygamie, ayant deux femmes à la fois, nous dit qu'il fut maudit de Dieu, ayant en cela violé l'ordre que Dieu avoit établi en instituant le mariage : *Primus Lamech à Deo maledictus, duabus maritatus CONTRA DEI PRÆCEPTUM tres in unam carnem effecit.* Tertull. *de exhort. cast.* cap. 5.

L'idée de l'institution primitive du mariage, pour être l'union d'un seul homme & d'une seule femme, s'étoit conservée très-long temps, même dans le Paganisme. Les Romains avoient en horreur la polygamie, & un bigame encouroit de plein droit l'infamie par l'Edit du Préteur, *L. 1. ff. de his qui not. infam.*

Les Germains n'avoient aussi qu'une seule femme. *Tacite de mor. German.*

100. Observez qu'il n'est pas néanmoins de l'essence absolue du mariage, qu'il soit l'union d'un homme avec une seule femme ; cela est seulement de l'institution du mariage. Dieu ayant institué le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, il n'est pas permis à un homme de s'écarter de cet ordre que Dieu a établi, ni à aucune autorité humaine de l'en dispenser ; mais Dieu qui a établi le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, étoit le maître de l'établir autrement ; il étoit le

Digitized by Google

maître d'établir le mariage ſans qu'il dût être néceſſairement l'union d'un homme avec une ſeule femme, & de permettre aux hommes d'en avoir pluſieurs enſemble: il eſt vrai que Dieu ayant deſtiné le mariage pour être le type & la figure de l'union de ſon Fils avec ſon Egliſe, ſon unique épouſe, il étoit néceſſaire que le mariage fût l'union d'un homme avec une ſeule femme; mais Dieu étoit le maître de ne pas faire ſervir le mariage à ce type & à cette figure. De même donc que Dieu eût pu, s'il eût voulu, établir dès le commencement le mariage, ſans qu'il dût être l'union d'un homme avec une ſeule femme, & permettre à tous les hommes d'avoir pluſieurs femmes en même temps; de même il a pu par la ſuite permettre, pour des raiſons particulieres, à certains particuliers & même à un peuple entier, d'avoir pluſieurs femmes; c'eſt ce qu'il a fait effectivement à l'égard d'Abraham, de Jacob, de David & de tout le peuple Juif. Dieu qui avoit promis à ces ſaints Patriarches de multiplier leur race comme le ſable de la mer, leur a permis d'avoir pluſieurs femmes à la fois. Abraham a eu en même temps avec ſa femme Sara, Agar ſa ſervante, pour ſa femme du ſecond ordre; le Patriarche Jacob a eu en même temps pour

Digitized by Google

femmes Lia & Rachel, & pour femmes du second ordre Bala & Zelpha.

Il ne peut être douteux que ces saints Patriarches qui se conduisoient par les inspirations dont Dieu les favorisoit, n'aient contracté ces mariages avec plusieurs femmes en même temps, avec la permission & l'approbation de Dieu.

Le Prophete Nathan reproche à David, entre les bienfaits qu'il avoit reçus de Dieu, que c'étoit Dieu qui lui avoit donné après la mort de Saül, toute la maison de Saül, & les femmes de Saül pour les avoir pour ses femmes : *dedi tibi domum domini tui ; & uxores domini tui in sinu tuo.* Reg. 11. 12. 8. Puisque c'étoit Dieu qui avoit donné à David les femmes de Saül, pour les avoir pour ses femmes, c'étoit donc par l'ordre de Dieu & avec l'approbation de Dieu qu'il les avoit en même temps pour ses femmes.

Enfin nous voyons, par ce qui est rapporté de la loi du Deuteronome, *ch. 21. v. 15. 16. & 17.* que la loi supposoit qu'il étoit permis aux Israélites d'avoir plusieurs femmes en même temps. Il y est dit : *Si habuerit homo uxores duas, unam dilectam & alteram odiosam, genuerintque ex eo liberos, & fuerit filius odiosæ primogenitus, volueritque substantiam suam inter filios suos dividere, non poterit filium*

Digitized by Google

dilectæ facere primogenitum & præferre filio odioſæ, &c.

Il eſt dit aux Paralip. 11. 24. 3. que le Grand-Prêtre Joiada fit épouſer deux femmes à Joas : *accepit ei Joiada uxores duas* ; ce que n'eût pas fait ce Pontife ſi rempli de l'eſprit de Dieu, ſi la polygamie n'eût pas été alors permiſe aux Juifs.

101. Tout ce qui vient d'être dit peut ſervir à concilier ceux qui ſoutiennent que la polygamie eſt contraire au droit naturel, & ceux qui prétendent qu'elle n'y eſt pas contraire : en conſidérant dans le mariage ſon inſtitution primitive, & en prenant pour droit naturel l'ordre que Dieu, auteur de la nature, a établi en inſtituant le mariage pour être l'union d'un homme avec une ſeule femme, on peut dire que la polygamie eſt contraire au droit naturel ; mais en conſidérant le mariage ſeulement en tant que mariage, & indépendamment de ſon inſtitution primitive, & en ne prenant pour droit naturel, que ces loix invariables du droit naturel, dont il n'eſt pas poſſible que la Sageſſe divine s'écarte jamais, & que ſaint Thomas appelle *prima præcepta* ; on peut dire que la polygamie n'eſt pas contraire au droit naturel, puiſque Dieu dans un temps l'a permiſe, comme nous l'avons vu.

Digitized by Google

102. Nous ne parlons que de l'espece de polygamie par laquelle un homme auroit en même temps plusieurs femmes : l'autre espece de polygamie qu'on appelle polyandrie, a toujours été condamnée, & est évidemment contraire au droit naturel. 1°. *Propter perturbationem sanguinis*, si une femme avoit plusieurs maris, on ne pourroit pas sçavoir quel seroit le pere des enfants que cette femme mettroit au monde. 2°. Il est de l'essence du mariage que la femme soit assujettie à son mari, qu'elle lui obéisse, qu'elle le suive où il voudra demeurer ; mais si une femme avoit en même temps deux maris, elle ne pourroit obéir à l'un & à l'autre, quand ils lui commanderoient deux choses opposées ; elle ne pourroit les suivre l'un & l'autre quand ils voudroient demeurer en différents lieux : la polyandrie est donc contraire à la nature du mariage & au droit naturel.

103. A l'égard de la polygamie par laquelle un homme a plusieurs femmes en même temps, quoique Dieu l'ait permise dans certains temps, il est indubitable que depuis la promulgation de l'Evangile elle est défendue : J. C. par la Loi évangélique a rappellé le mariage à son institution primitive ; il a voulu que le mari & la femme fussent *duo in carne unâ*.

Digitized by Google

Cette loi ayant élevé le mariage des Chrétiens à la dignité de Sacrement, & à être le type & la figure de l'union de J. C. avec son Eglise : *Sacramentum magnum in Christo & in Ecclesiâ.* Paul, *ad Ephes.* 5. 32. L'Eglise étant Une, & l'unique Epouse de J. C. le mariage des Chrétiens, qui est la figure de cette union, doit être l'union d'un seul homme avec une seule femme.

J. C. s'étant donné à son Eglise tout entier & sans partage, un mari doit pareillement se donner tout entier à sa femme & sans partage, & c'est un adultere, lorsque du vivant de sa femme il en épouse une autre : *omnis qui dimittit uxorem suam, & alteram ducit, mœchatur,* Luc xvj. 18. Il en est de même lorsque, sans renvoyer sa femme, il en épouse une autre ; car quoiqu'il commette un grand péché en renvoyant sa femme, ce n'est pas cela qui le rend adultere ; mais c'est parce qu'il s'unit avec une autre femme, du vivant de celle qui demeure toujours sa femme, quoiqu'il l'ait renvoyée.

C'est donc avec raison que le Concile de Trente, *sess.* 24. *can.* 2. a frappé d'anathême ceux qui diroient qu'il est permis aux Chrétiens d'avoir plusieurs femmes.

Digitized by Google

Le mariage, tant qu'il n'eſt pas diſſous par la mort de l'une des parties, eſt donc un empêchement dirimant qui empêche le mari de pouvoir contracter valablement mariage avec une autre femme, & la femme de pouvoir ſe marier valablement avec un autre homme.

104. Cette déciſion a lieu quand même le mariage, contracté avant la diſſolution du premier, auroit été contracté de bonne foi par l'une des parties qui avoit un juſte ſujet de croire que l'autre partie étoit morte.

Si par la ſuite l'erreur vient à ſe découvrir, le ſecond mariage contracté, quoique de bonne foi avant la diſſolution premier, ſera déclaré nul.

On peut apporter pour exemple le cas auquel la femme d'un ſoldat, ſur des certificats en bonne forme, qui atteſtoient que ſon mari avoit été tué à une certaine bataille, auroit contracté mariage avec une autre perſonne; ſi ſon mari qu'on croyoit, par erreur, avoir été tué à cette bataille, vient à reparoître & à ſe faire reconnoître, le ſecond mariage que cette femme a contracté, quoique de bonne foi avec une autre perſonne, doit être déclaré nul.

Cela a lieu, quelque long temps qu'il y eût que ce premier mari eût diſparu,

Digitized by Google

& que le second mariage eût été contracté; car le premier mariage n'ayant pu être dissous que par la mort de l'une des parties, il n'a pas cessé d'être un empêchement insurmontable à la validité du second.

Le fameux Jean Maillard ne s'étoit représenté qu'après quarante années d'absence: sa femme ne le reconnoissoit plus, ou feignoit de ne le plus reconnoître; le mariage qu'elle avoit contracté pendant son absence, sur la foi d'un certificat de mort, ne laissa pas d'être déclaré nul. *Voyez l'Arrêt du 4 Août 1674, au troisieme tom. du Journal des Audiences.*

Tout l'effet de la bonne foi avec laquelle les parties ont contracté le second mariage, est que, quoiqu'il soit nul, les enfants qui en sont nés ne sont point réputés bâtards, & qu'en considération de cette bonne foi, ils ont dans les successions de leur pere & mere les mêmes droits qu'ont des enfants nés d'un légitime mariage, comme nous le verrons ailleurs.

Quoique le premier mari n'ait pas paru sur les lieux, néanmoins si sa femme & son second mari ont, depuis le second mariage, eu des avis de l'erreur du certificat de mort du premier mari, sur lequel le second mariage a été contracté, & que

Digitized by Google

des personnes dignes de foi attestent que le premier mari qu'on avoit cru tué, a depuis été vu dans quelqu'endroit; les parties duement averties de l'erreur du certificat, sont dans le for de la conscience obligées de se séparer.

105. Une personne qui a contracté un premier mariage, ne pouvant pas en contracter valablement un second, tant que le premier n'est pas dissous par la mort de la personne qu'elle avoit épousée en premier lieu; c'est une conséquence que, tant qu'elle n'est pas assurée de sa mort, elle ne peut pas passer à un second mariage; car autrement elle se mettroit dans le risque de commettre un adultere par ce second mariage, dans le cas auquel le premier mariage subsisteroit; & par le risque auquel elle s'exposeroit volontairement, elle se rendroit devant Dieu coupable d'adultere; c'est pourquoi saint Basile, dans son épître canonique à Amphiloque *can.* 31. dit: *quæ, cùm vir secessit & non apparet, antequam de ejus morte certior facta sit, cum alio cohabitavit, mœchatur.*

Il est vrai que suivant la disposition de la loi Romaine, lorsque l'un des conjoints avoit été emmené en captivité, & qu'il s'étoit écoulé le temps de cinq ans sans qu'on eût eu de ses nouvelles, il

Digitized by Google

étoit présumé mort, & il étoit permis à l'autre conjoint de se marier à un autre. *L. 6 ff. de divort.* Mais l'Eglise n'a jamais permis aux fideles d'user de cette permission que la loi séculiere accordoit, & Justinien l'a abrogée par sa Novelle, 117. cap. 11.

106. De même qu'il n'est pas permis dans le for de la conscience à une personne qui a contracté un premier mariage, de passer à un second avec une autre avant qu'elle soit assurée de la mort de la personne avec qui elle a contracté le premier mariage, de même il n'est pas permis à un Prêtre, dans le for extérieur, de marier une personne qui l'a déja été, sans se faire représenter un extrait mortuaire de la personne à qui elle étoit mariée, ou des certificats équipollents de la mort de cette personne.

Cela a lieu, quelque long-temps qu'il y eût que cette personne fût absente & quelques recherches qu'on eût faites sans avoir pu avoir de ses nouvelles, y eût-il plus de trente ou quarante ans. C'est ce que nous apprenons de la Décrétale de Clément III, qui est au chap. 19. *ext. de sponsal.* Ce Pape étant consulté *de mulieribus quæ viros suos captivitatis vel peregrinationis causâ absentes ultrà septennium fuerint præstolatæ, nec certificari possunt de vitâ aut morte ipso-*

Digitized by Google

tum, licèt super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem, & pro juvenili ætate, seu fragilitate carnis humanæ, nequeunt continere, petentes aliis copulari, respondit, quod quantocumque annorum spatio ita remaneant, non possunt ad aliorum consortium canonicè convolare, nec autoritate Ecclesiæ permittas contrahere, donec certum nuntium recipiant de morte virorum.

Les actes qui font foi de la mort du premier mari, à l'effet que le Curé puisse marier la veuve sans se compromettre, sont 1°. un extrait du registre des sépultures de la Paroisse, ou de l'Hôpital où il est décédé, délivré par le Curé ou par le Prêtre à ce prépose, & légalisé par le Juge.

2°. A defaut de cet acte, lorsque le registre a été perdu, ou lorsque par la négligence du Curé, l'acte de sépulture n'y a pas été porté, on peut y suppléer par un acte par lequel des personnes dignes de foi ont attesté devant le Juge quelque fait justificatif de la mort de ce premier mari, *putà*, qu'elles ont assisté dans un tel lieu à son enterrement; cet acte expédié en bonne forme par le Greffier de la Justice, équipolle à un extrait mortuaire.

Il faut que le fait soit attesté au moins par deux témoins: si dans des affaires pécuniaires, le témoignage d'un seul témoin n'est pas suffisant pour faire une

Digitized by Google

preuve légitime *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat.* L. 9. cod *de test.* à plus forte raison, il ne doit pas l'être dans une matiere de cette importance.

Sanchez pense qu'on peut s'en contenter en un cas; sçavoir, lorsque le premier mari a passé dans un pays très-éloigné, d'où il est extrêmement difficile d'avoir des nouvelles. J'aurois de la peine à admettre cette exception à la regle

3°. Le certificat du Major ou du Commandant d'un régiment, qui atteste qu'un homme de son régiment a été trouvé parmi les morts à une telle action, est un valable certificat de mort.

4°. Le laps d'un temps de cent années & plus, qui s'est écoulé depuis la naissance d'une personne, forme une présomption de droit de sa mort, suivant les loix qui disent que *is finis vitæ longissimus est.* L. 8. ff. *de usufr. leg. & alibi.*

107. Ce que nous avons dit jusqu'à présent qu'un premier mariage, dans lequel une personne se trouve engagée, est un empêchement dirimant pour un second qu'elle contracteroit pendant que le premier subsiste, n'a lieu que lorsque le premier est valable; s'il étoit nul, ce qui est nul ne pouvant produire aucun effet, *quod nullum est, nullum producit effectum*, il ne peut pas former un empêchement diri-

Digitized by Google

mant pour un autre mariage : néanmoins celui qui a contracté un mariage quoique nul, ne doit pas être admis à en contracter un autre, avant que d'avoir fait prononcer la nullité du premier, ne devant pas s'en rendre lui-même le Juge ; mais si dans le fait il en a contracté un autre, celui qu'il a contracté avant que d'avoir fait prononcer la nullité du premier, ne laissera pas d'être jugé valable, si on établit par la suite la nullité du premier : c'est ce qui a été jugé par Arrêt du 28 Juillet 1691, sur les conclusions de M. de Lamoignon, lequel est rapporté au cinquieme tom. du Journal.

ARTICLE V.

De l'Empêchement que forment les vœux solemnels.

108. Les vœux solemnels de religion, forment dans le Religieux profès un empêchement dirimant de mariage qui le rend absolument incapable de contracter aucun mariage. Cet empêchement dirimant est de discipline ecclésiastique, & il n'a pas toujours été dirimant.

Il est vrai que le mariage a toujours été défendu dans l'Eglise aux personnes consacrées à Dieu par des vœux ; mais cette

Digitized by Google

défense ne formoit qu'un empêchement purement prohibitif ; ni la puissance séculiere, ni l'Eglise, pendant plusieurs siecles, n'en avoient fait un empêchement dirimant.

A l'égard de la puissance séculiere, nous trouvons bien dans le code une loi de l'Empereur Jovien, qui porte la peine de mort contre ceux qui emploient la séduction pour épouser des Vierges consacrées à Dieu : *Si quis, non dicam rapere, sed attentare tantùm jungendi causâ matrimonii sacratissimas Virgines ausus fuerit, capitali pœnâ feriatur.* L. 5. cod. *de episc. & clerc.* mais nous ne trouvons aucune loi qui déclare nuls les mariages contractés librement par ces personnes.

A l'égard de la discipline ecclésiastique, le Pape Innocent Premier, qui occupoit le Saint Siege au commencement du cinquieme siecle, regardoit comme valable le mariage qu'avoient contracté des vierges consacrées à Dieu ; puisqu'ayant été consulté par Victrice, Evêque de Rouen, il lui répond qu'on ne doit les soumettre à la pénitence publique qu'après la mort de leurs maris : *Quæ Christo spiritualiter nubserunt, velari à Sacerdote meruerunt, si postea vel publicè nubserint, vel se clanculò corruperint, non eas admittendas esse ad pœnitentiam*

Digitized by Google

agendam, nisi is cui se junxerant, decesserit. Il ne pouvoit y avoir d'autre raison de cette décision, qu'afin de ne les pas soustraire à leurs maris; donc ce Pape regardoit leur mariage comme valable.

Saint Augustin, en son livre *de bono viduitatis*, cap. 10. dit aussi en termes bien formels que le mariage de ces personnes est valable; il réfute en cet endroit quelques personnes, qui par un zele peu éclairé avoient dit que ces mariages étoient des adulteres plutôt que des mariages: *Qui dicunt*, dit ce pere, *talium nuptias non esse nuptias, sed adulteria, non videntur diligenter considerare quid dicant.... fit per hanc opinionem non parvum malum ut à maritis separentur uxores, & cùm volunt eas separatas reddere continentiæ, faciunt maritos earum adulteros, cùm uxoribus vivis alteras duxerint. Quapropter non possum dicere tales fœminas, si nubserint, adulteria esse non conjugia, sed non dubitaverim dicere hos lapsus à castitate quæ vovetur Deo, adulteriis esse pejores.*

Depuis, le Concile de Chalcédoine, tenu en 451, a bien déclaré qu'il n'étoit pas permis aux personnes consacrées à Dieu par le vœu de religion, de contracter mariage; mais il ne déclare pas nul le mariage de ces personnes, il prononce

Digitized by Google

seulement contr'elles la peine de l'excommunication : *si quæ virgo se dedicavit Deo, similiter monachus, non licet eis nuptiis jungi : si verò inventi fuerint hoc facientes, maneant excommunicati ; statuimus verò eis posse fieri humanitatem, si ita probaverit Episcopus loci.* Conc. Chalced. can. 16.

Saint Léon qui présida à ce Concile par ses Légats, consulté par Rustique, Evêque de Narbonne, sur plusieurs points, répond ainsi à l'article 14 de sa consultation : *Propositum monachi proprio arbitrio susceptum deseri non potest absque peccato, quod enim quis vovit Deo, debet & reddere ; unde qui relictâ singularitatis professione, ad militiam vel ad nuptias devolutus est, publicæ pœnitentiæ satisfactione purgandus est, quia etsi innocens militia & honestum potest esse conjugium, electionem meliorum deseruisse transgressio est.*

Cette lettre est la seconde des lettres de ce Pape dans l'édition du Pere Quesnel, & la quatre-vingt-douzieme dans d'autres éditions. Le Pape ne dit pas que le mariage du Moine est nul, mais seulement qu'il doit être soumis à la pénitence.

109. L'Auteur des Conférences de Paris prétend que les vœux de religion ont commencé dès le sixieme siecle au temps de Saint Gregoire, à devenir un empêchement dirimant de mariage : il se fonde en premier

Digitized by Google

premier lieu sur une lettre de ce Pape, qui est la neuvieme du septieme livre de ses lettres, par laquelle il ordonna à Vitalien, Evêque de Seponte dans la Pouille, de faire arrêter, par le défenseur de l'Eglise, une Religieuse de son Diocèse, qui avoit quitté l'habit de religion pour reprendre l'habit du siecle, & de la faire enfermer dans un Monastere où elle fût soigneusement gardée. Cette lettre n'a aucun rapport à la question, n'étant pas dit dans cette lettre, ni dans la suivante, écrite au défenseur sur le même sujet, que cette Religieuse se fût mariée.

La Profession religieuse étoit-elle au moins dans le septieme siecle un empêchement dirimant de mariage? Cet Auteur, pour prouver qu'elle étoit dès ce temps regardée en Espagne comme empêchement dirimant, cite le canon 52. du quatrieme Concile de Tolede, tenu en 633, où il est dit: *Nonnulli Monachorum egredientes à Monasterio, non solùm ad sæculum revertuntur, sed etiam uxores accipiunt; hi revocati in eodem Monasterio à quo exierunt, pœnitentiæ deputentur;* ce canon ne prononce point la nullité de leur mariage, il dit seulement qu'ayant grièvement péché & causé un scandale en le contractant (ce dont on est toujours convenu) ils doivent être soumis à la péni-

Digitized by Google

tence dans le Monaſtere d'où ils ſont ſortis ; mais il ne dit pas qu'ils ne puiſſent être rendus à leur femme après le temps de la pénitence paſſé.

Ce qu'il y a de certain ſur la diſcipline du ſeptieme ſiecle à cet égard, c'eſt que vers la fin de ce ſiecle, les vœux n'étoient pas encore regardés en Angleterre comme un empêchement dirimant de mariage ; c'eſt ce que nous apprenons du Pénitentiel de Théodore de Cantorbery, qui eſt de ce temps ; il y eſt dit en l'article 18 : *Si quis maritus, votum Domino habet virginitatis, adjungatur uxori, NON DIMITTAT uxorem, ſed pœniteat tribus annis.*

Il eſt vrai que Gratien, pour accommoder ce canon à la diſcipline de ſon ſiecle, a ajouté avant *votum* le mot *ſimplex* ; mais les Correcteurs Romains nous atteſtent, que ce mot *ſimplex*, ne ſe trouve dans aucun des anciens manuſcrits de ce Pénitentiel : c'eſt donc de tous les vœux indiſtinctement qu'il eſt dit par cet article, que l'homme, qui au mépris de ſon vœu, a contracté mariage, ne doit pas quitter ſa femme, & que le vœu ne rend pas nul ſon mariage.

Nous trouvons dans le huitieme ſiecle un monument qui prouve que la Profeſſion religieuſe n'étoit pas encore un

Digitized by Google

empêchement dirimant de mariage.

C'est dans une réponse faite l'an 754, par le Pape Etienne II (*), qui étoit alors en France, sur plusieurs points sur lesquels il avoit été consulté : le Pape répond ainsi, art. 7. *de Monachis & Nonnis de Monasterio fugientibus in Calcedonensi*, cap. 16. *ita continetur : Virginem quæ se Deo consecraverit similiter & Monachum non licere nuptialia jura contrahere, quod si hoc inventi fuerint perpetrantes, excommunicentur ; confitentibus autem decrevimus ut habeat autoritatem Episcopus humanitatem misericordiamque largiri.* Il est évident que le Pape ne regardoit pas ces mariages commme nuls, puisqu'il veut qu'on s'en tienne à cet égard à ce qui avoit été ordonné par le Concile de Chalcedoine, qui (comme tout le monde en convient) n'avoit pas déclaré nuls ces mariages.

110. C'est vers le dixieme siecle qu'on commença à regarder, au moins dans quelques Provinces, le vœu de religion comme un empêchement dirimant de mariage. Le Concile de Troisli, *Trosleianum*, tenu l'an 909, *apud Trosleium in pago Suessonico*, sous le Roi Charles le Simple, est formel : il est dit au Capitule 8. *inter-*

(*a*) Ou III ; car entre le Pape Zacharie & celui-ci, il y avoit eu un autre Etienne, qui n'avoit survécu que quatre jours à son élection.

Digitized by Google

dicimus ut nullus Deo devotam Virginem, nullus sub religionis habitu consistentem, sive viduitatis continentiam professam.... illicito connubio aut vi, aut consensu accipiat conjugem, quia nec verum poterit esse conjugium, quod à meliori proposito ad deterius, & sub falso nomine culpâ, incestuosâ pollutione & fornicationis immunditiâ perpetratur. Le Concile ne pouvoit pas dire en termes plus formels que le vœu de religion doit être réputé un empêchement dirimant, qu'en disant que le mariage contracté par une Religieuse, n'est pas un vrai mariage, *nec verum poterit esse conjugium*, & que ce crime, sous un faux nom (de mariage) est une union incestueuse & une fornication, *& sub falso nomine culpâ, incestuosâ pollutione & fornicationis immunditiâ perpetratur.*

Le Concile de Tribur en Franconie, tenu quelque temps auparavant l'an 895, est aussi cité pour prouver que la Profession religieuse étoit en ce temps regardée comme empêchement dirimant: il y est dit, *cap.* 28. *Si quis sacro velamine consecratam in conjugium duxerit.... præcipimus ut omninò separentur, ut juramento colligentur ulterius, sub uno non cohabitent tecto, nec familiari frui colloquio, &c.*

Ce Canon ne fournit pas une preuve suffisante: il ne déclare pas nul le mariage, il

Digitized by Google

ordonne une séparation; ce qui peut s'entendre d'une simple séparation d'habitation.

Dans le douzieme siecle, le premier Concile de Latran, tenu l'an 1123, sous Calixte II, *can.* 21. dit: *Presbyteris, Diaconibus, Subdiaconibus & Monachis concubinas habere, seu matrimonia contrahere interdicimus, contracta quoque matrimonia ab ejusmodi personis disjungi, & personas ad pœnitentiam debere redigi juxtà sacrorum canonum definitionem, judicamus.*

Il est difficile de ne pas entendre ces termes *contracta matrimonia disjungi*, de la nullité de ces mariages, & de les entendre d'une simple séparation d'habitation.

111. Enfin le second Concile de Latran, tenu l'an 1139, sous le Pape Innocent II, leve toute difficulté, & a établi pour regle générale de discipline, que le vœu de religion devoit être un empêchement dirimant de mariage. Il est dit au canon 7^e^. *Statuimus quatenùs Episcopi..... regulares Canonici, & Monachi, atque Conversi, Professi qui sanctum transgredientes propositum, uxores sibi copulare præsumpserunt, separentur; hujusmodi namque copulationem quam contrà ecclesiasticam regulam constat esse contractam, MATRIMONIUM NON ESSE CENSEMUS;* & au canon suivant il est dit: *Id ipsum quoque de sanctimonialibus fœminis, si, quod absit,*

nubere attentaverint, observari decernimus.

Depuis, cette discipline a toujours été observée dans l'Eglise, & elle a été confirmée par le Concile de Trente, qui dit : *Si quis dixerit regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse..... anathema sit.* Sess. 24. can. 9.

Ce droit est observé dans les Tribunaux séculiers : nous trouvons dans le Recueil de Bardet, *liv.* 3. *chap.* 115. un Arrêt du 17 Juillet 1630, qui déclare nul le mariage de Gilberte d'Anglot sur les conclusions de M. Talon, qui les fondoit sur ce que ladite d'Anglot, ayant fait Profession religieuse, quoiqu'elle eût depuis embrassé le Calvinisme, étoit incapable de mariage.

112. Observez qu'il n'y a que le vœu solemnel de religion, qui se fait en prenant l'habit de religion, & en faisant profession dans un Ordre religieux, qui soit un empêchement dirimant de mariage ; tout autre vœu de continence qu'auroit fait une personne, n'est qu'un empêchement prohibitif ; c'est ce que décide le Pape Alexandre III : *si nec habitum susceptit nec professionem, sed solummodò votum fecit..... non est cogendus matrimoniale votum rescindere.* Cap. 3. ext. *Qui voventes*, &c.

Le même Pape décide la même chose

Digitized by Google

au chapitre ſuivant, à l'égard d'une femme qui avoit fait vœu de chaſteté, en recevant d'un Prêtre le voile de Religieuſe ſans entrer dans le cloître, ni quitter ſes biens, & qui s'étoit depuis mariée.

Le Pape Céleſtin III. au chapitre ſixieme *d. tit.* dit pareillement: *Quod votum ſimplex impedit matrimonium contrahendum (id eſt ſponſalia de futuro matrimonio contrahendo) non dirimit jam contractum.*

Boniface VIII., conſulté ſur la queſtion, quel eſt le vœu qu'on doit appeller ſolemnel, & qui forme un empêchement dirimant de mariage: *Quod votum debeat dici ſolemne ac ad dirimendum matrimonium efficax?* répond qu'il n'y a que celui qui ſe fait par la reception des Ordres ſacrés, ou par la Profeſſion de religion dans un Ordre approuvé du Saint-Siege: *Illud ſolum votum debere dici ſolemne, quantùm ad poſt contractum matrimonium dirimendum, quod ſolemniſatum fuerit per ſuſceptionem ſacri ordinis, aut per Profeſſionem expreſſam, aut tacitam factam alicui de religionibus per Sedem Apoſtolicam approbatis.* Cap. un. de vot. & vot. redempt. in 6°.

113. Ce qui eſt dit dans cette Décrétale de la Profeſſion tacite, n'a pas lieu: nous ne reconnoiſſons point de Profeſſion tacite; nous ne reconnoiſſons d'au-

Digitized by Google

tre Profession que la Profession expresse, laquelle doit être faite publiquement, & dont il doit être dressé un acte inscrit sur un registre du Monastere, destiné à écrire tous les actes de Vêtures & de Profession, & qui doit être signé de la personne qui a fait Profession, du Supérieur ou de la Supérieure qui l'y a reçue, & de deux témoins. Ce n'est que par une expédition de cet acte qu'on peut prouver la Profession religieuse d'une personne, & attaquer son mariage sur le fondement de cette Profession. Si néanmoins il étoit prouvé que les registres ont été perdus par quelque accident, on pourroit admettre la preuve testimoniale.

Il n'y a que les vœux faits dans un Ordre religieux, approuvé par les loix du royaume comme Ordre religieux, qui soient regardés comme vœux solemnels de religion, capables de former un empêchement dirimant de mariage : il n'en est pas de même de ceux qu'on fait dans quelques Congrégations & Maisons établies par Lettres-patentes en bonne forme, mais seulement comme Communautés ecclésiastiques, & non comme Ordre religieux. Telles sont les Congrégations & Maisons des Lazaristes, & de la Doctrine-Chrétienne ; les vœux qu'on y fait,

Digitized by Google

ne ſont regardés que comme vœux ſimples, & non comme vœux ſolemnels & vœux de religion ; & en conſéquence ils ne ſont point un empêchement dirimant de mariage.

Il en eſt de même de ceux qu'on fait dans quelques Communautés de femmes, qui, quoiqu'elles aient un établiſſement légal, ne ſont pas néanmoins établies comme religieuſes.

114. Enfin, pour que les vœux ſolemnels de religion ſoient un empêchement dirimant de mariage, il faut qu'ils aient été valablement faits : pour cela, outre qu'ils doivent être faits dans un Ordre religieux approuvé, il faut encore que quatre choſes concourent, 1°. qu'ils aient été faits *publiquement*, & qu'il en ait été dreſſé un acte, comme nous l'avons dit : 2°. qu'ils aient été faits *librement* ; toute eſpece de contrainte qui auroit été employée pour obliger la perſonne qui les a faits à les faire, les rend nuls : 3°. comme l'exige l'Ordonnance de Blois, *art. 28. qu'ils aient été précédés d'une année entiere de probation dans le Monaſtere depuis la vêture* : 4°. enfin, ſuivant ledit article, *que la perſonne qui fait Profeſſion, ait l'âge de ſeize ans accomplis.* A défaut de quelqu'une de ces conditions, la perſonne qui a fait Profeſſion, peut, dans

Digitized by Google

les cinq ans, réclamer contre ses vœux & se pourvoir pour cet effet, ou par la voie ordinaire devant l'Official, ou par la voie de l'appel comme d'abus au Parlement. S'il réussit, & que ses vœux soient déclarés nuls, ou par un jugement de l'Official, ou par un Arrêt de la Cour sur un appel comme d'abus, ils ne pourront plus former un empêchement dirimant de mariage : *Nam quod nullum est, nullum producit effectum*; & il aura par conséquent la liberté de se marier.

Lorsque le Profès a laissé passer les cinq ans sans réclamer contre ses vœux, il y est par la suite non-recevable ; il est censé les avoir ratifiés par son silence, & en avoir purgé le vice ; ils sont en conséquence réputés valables, & sont un empêchement dirimant de mariage.

ARTICLE VI.

De l'Empêchement qui résulte des Ordres sacrés.

115. Les Ordres sacrés, qui sont la Prêtrise (& à plus forte raison l'Episcopat) le Diaconat & le Sous-diaconat forment un empêchement absolu qui empêche les personnes qui y sont engagées de pouvoir valablement contracter mariage depuis leur Ordination.

Digitized by Google

L'empêchement de mariage, que forment les Ordres sacrés, n'a pas toujours été un empêchement dirimant; cet empêchement, pendant bien des siecles, n'a été que prohibitif.

La premiere loi qui a ordonné que les Ordres sacrés fussent un empêchement dirimant de mariage, est la constitution de Justinien, qui est en la loi 45, *cod. de Episc. & Cler.* Avant cette loi, les personnes engagées dans les Ordres sacrés, qui contractoient mariage depuis leur Ordination, n'encouroient que la peine de la déposition de leur Ordre; leur mariage étoit valable. Justinien, par cette loi, veut, qu'outre la peine de la déposition, leur mariage soit nul, de même que tous ceux qui sont défendus par les loix civiles, & que les enfants nés de ce commerce, soient regardés comme bâtards : *Quoniam pœna facinoris hujus in solâ erat Sacerdotii amissione, sacros autem canones non minùs quàm leges valere etiam nostræ volunt leges, sancimus obtinere in illis quæ sacris canonibus perinde ac si civilibus inscriptum esset legibus.... & præter supradictam excidendi à ministerio pœnam, ne legitimos quidem & proprios esse eos, qui ex hujusmodi inordinatâ constupratione nascuntur, aut nati sunt*

Denis Godefroi, en une de ses notes

Digitized by Google

sur cette loi, pense que Justinien a abrogé par la suite la peine de nullité de ces mariages; car, par ses nouvelles constitutions, il se borne à prononcer contre les personnes engagées dans les Ordres sacrés, qui se marient depuis leur Ordination, la peine de déposition de leur Ordre: *Si aliquis Presbyter aut Diaconus aut Subdiaconus postea ducat uxorem aut concubinam, aut palàm aut occultè, statim suo cadat ordine.* nov. 6. cap. 5. La même chose se trouve, *nov.* 22. *cap.* 42.

Dans les provinces d'Occident, qui étoient déja détachées de l'Empire au temps de Justinien, & où on ne connoissoit que le code Théodosien, nous ne verrons, avant le douzieme siecle, ni loi ni canon, qui ait prononcé la peine de nullité des mariages contractés par les personnes engagées dans les Ordres sacrés depuis leur Ordination.

Au contraire, le Concile de Paris, tenu dans le IX^e^ siecle, l'an 829, sous Louis le Debonnaire & Lothaire son fils, nous fournit une preuve très-claire que le mariage contracté depuis l'Ordination, n'étoit pas encore alors regardé comme nul; ce Concile au canon 35, ordonne l'observation de celui de Neocésarée, dont il rapporte les termes: *Presbyter* (est-il dit) *si uxorem acceperit, ab Ordine depo-*

Digitized by Google

natur ; si verò fornicatus fuerit, aut adulterium perpetraverit, ampliùs pelli debet, & sub pœnitentiâ cogi. Par ce canon, la fornication commise par un Prêtre est distinguée du mariage qu'avoit contracté ce Prêtre, & est plus griévement punie : *si verò fornicatus fuerit, ampliùs pelli debet ;* c'est-à-dire, privé de la communion & réduit pendant un temps à l'état de pénitent ; mais si le mariage, contracté par un Prêtre, depuis son Ordination, eût été alors regardé comme invalide, la consommation de ce mariage eut été une fornication, on n'auroit pas distingué ce mariage de la fornication ; donc, puisqu'on l'en distingue, on le regardoit alors comme un véritable mariage ; donc la Prêtrise n'étoit pas regardée alors comme un empêchement de mariage.

Dans le dixieme siecle, le Concile d'Ausbourg, tenu l'an 952, de l'ordre & en présence de l'Empereur Othon le Grand, où étoient plusieurs Evêques d'Allemagne, des Gaules & d'Italie, defend, par le premier de ses canons, le mariage des personnes qui sont dans les Ordres sacrés ; mais c'est à peine de déposition de leur Ordre ; le Concile ne déclare pas nul ce mariage : *Si quis Episcoporum, Presbyterorum, Diaconorum & Subdiaconorum, uxorem acceperit, à sibi injuncto officio de-*

Digitized by Google

ponendus est, sicut in Concilio Carthaginensi tenetur.

La Collection des canons, que fit paroître Burchard Evêque de Wormes qui a occupé ce Siege, depuis l'an 1008 jusqu'en 1026, nous fournit aussi une preuve qu'il n'y avoit point encore alors de loi ni de canon qui eût fait des Ordres sacrés un empêchement dirimant de mariage; car s'il y en avoit eu quelqu'un, cet Auteur, qui a recueilli avec soin les canons qui pouvoient instruire de la discipline observée de son temps dans l'Eglise, n'eût pas manqué de l'inférer dans sa collection: cependant nous trouvons bien dans cette collection, au livre 2, le canon du Concile de Néocésarée, qui défend aux Prêtres de se marier, à peine de déposition, que nous avons rapporté ci-dessus, & plusieurs autres canons qui ont rapport à la continence qui doit être observée par les Prêtres & les autres Ministres des autels; mais nous n'en trouvons aucun, qui ait fait des Ordres sacrés un empêchement dirimant de mariage, d'où on peut conclure qu'il n'y avoit encore alors aucun canon ni aucune loi qui eût établi cet empêchement; cet argument, quoique négatif, ne laisse pas d'être concluant, car il n'est pas vraisemblable, que s'il y avoit eu quelque loi ou quelque canon qui

Digitized by Google

l'eût établi, il eût échappé à Burchard.

On peut tirer un pareil argument négatif du décret d'Yves de Chartres, qui eſt ou de la fin du onzieme ſiecle ou du commencement du douzieme.

Nous avons quelque choſe de plus poſitif dans une Lettre de ce ſaint Evêque (c'eſt la deux cents dix-huitieme) à Galon, Evêque de Paris, qui l'avoit conſulté ſur un de ſes Chanoines qui s'étoit marié: il lui répond que ſi pareille choſe étoit arrivée dans ſon Diocèſe, il laiſſeroit ſubſiſter le marige, & ſe contenteroit de faire deſcendre le coupable à un ordre inférieur.

116. Les Ordres ſacrés qui, juſqu'au temps d'Yves de Chartres, n'avoient formé qu'un empêchement prohibitif, ne tarderent pas à former un empêchement dirimant de mariage, comme il paroît par le canon du premier Concile de Latran, & bien plus formellement par le canon du ſecond Concile de Latran, rapportés, *ſuprà*, en l'article précédent. *n.* 110. *&* 111.

Ce droit a depuis été conſtamment ſuivi par les décrétales des Papes, qui ſe trouvent dans le corps du Droit canonique.

Alexandre III, dans ſa décrétale qui eſt rapportée au chapitre premier, *ext. de Cleric. conjug.* répond conformément à la

Digitized by Google

décision du Concile, qu'un Ecclésiastique, qui s'est marié, s'il n'est que dans les Ordres mineurs, doit retenir sa femme & perdre ses bénéfices; mais s'il étoit Sous-diacre ou dans un ordre supérieur, il doit être contraint par censures à renvoyer sa femme.

Le même Pape au chap. 4. *extr. d. tit.* dit que le mariage qu'un Prêtre a contracté, n'est pas un véritable mariage : *Sacerdotes qui nuptias contrahunt, quæ non nuptiæ, sed contubernia sunt potiùs nuncupanda, &c.*

Boniface VIII déclare pareillement, *cap.* 1. *de vot. & vot. redempt. in* 6°. que les Ordres sacrés sont un empêchement dirimant de mariage : *Præsentis declarandum duximus oraculo sanctionis, illud solum votum dici debere solemne, quantùm ad post contractum matrimonium dirimendum, quod solemnisatum fuerit per susceptionem sacri Ordinis, vel per professionem, &c.*

Clement V, dans le Concile de Vienne, *cap. un. de Conj. & affin. in Clement.* met les mariages contractés par les personnes engagées dans les Ordres sacrés, au même rang que ceux contractés dans les degrés prohibés de parenté ou d'affinité, & excommunie ceux qui les ont contractés, jusqu'à ce qu'ils se séparent

Enfin, le Concile de Trente a pro-

Digitized by Google

noncé anathême contre ceux qui soutiennent que les personnes engagées dans les Ordres sacrés, peuvent contracter mariage, & que leur mariage est valide. Voici ses termes : *Si quis dixerit Clericos in sacris Ordinibus constitutos, vel regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse non obstante lege ecclesiasticâ, vel voto . . . . anathema sit.* Sess. 24. can. 9. de reform. matrim.

Van Espen dit que ces termes : *non obstante lege ecclesiasticâ, vel voto*, ont été mis dans ce canon, pour donner à entendre que le Concile n'entendoit pas décider la question qui étoit entre les Théologiens, si c'étoit le vœu de continence tacitement renfermé dans la réception des Ordres sacrés, ou seulement la loi ecclésiastique qui formoit l'empêchement.

117. La Puissance séculiere en France, a adopté & confirmé la discipline ecclésiastique à cet égard : les Parlements, conformément à cette discipline, regardent les Ordres sacrés comme un empêchement dirimant de mariage.

Il s'éleva à cet égard une question qui fut portée au Parlement de Paris en 1640 ; dans lequel temps l'exercice de la Religion Calviniste étoit permis en

Digitized by Google

France. La queſtion étoit de ſçavoir, ſi le mariage qu'un Prêtre avoit contracté après avoir embraſſé le Calviniſme, étoit valable ? On diſoit, en faveur de ce mariage, que le Prêtre ayant ceſſé d'être de la Communion Romaine, en embraſſant le Calviniſme, & n'étant plus par conſéquent ſoumis aux loix de la Communion Romaine lorſqu'il a contracté ce mariage, ces loix auxquelles il n'étoit plus ſoumis, n'avoient pu mettre un obſtacle à ſon mariage ; néanmoins l'Arrêt déclare le mariage nul & abuſif : la raiſon eſt, que la diſcipline de l'Egliſe, qui défend le mariage des perſonnes conſtituées dans les Ordres ſacrés, à peine de nullité, ayant été reçue & adoptée en France par la Puiſſance ſéculiere, la défenſe du mariage de ces perſonnes, à peine de nullité, eſt une loi de l'Etat, auſſi-bien que de de l'Egliſe ; d'où il ſuit que ce Prêtre, dans qui la profeſſion du Calviniſme n'avoit pas effacé ſa qualité de Prêtre, étant demeuré ſujet aux loix de l'Etat, n'avoit pu valablement contracter mariage contre les loix de l'Etat, qui défendent le mariage des Prêtres. Cet Arrêt eſt rapporté par Soefve.

Il ne peut plus y avoir lieu à cette

Digitized by Google

queſtion, n'y ayant plus d'autre Religion en France, que la Religion Catholique-Romaine.

118. Cet Arrêt peut ſervir à la déciſion d'une autre queſtion qu'on a faite autrefois au ſujet d'un Sous-diacre, qui, ayant encouru l'irrégularité, par un meurtre qu'il avoit commis, s'étoit depuis marié : la queſtion étoit de ſçavoir, ſi le mariage qu'il avoit contracté depuis qu'il avoit encouru l'irrégularité, étoit valable ? La raiſon de douter étoit, que le motif qui a porté l'Egliſe à obliger les perſonnes conſtituées dans les Ordres ſacrés à garder la continence, & à leur défendre de ſe marier, étant l'incompatibilité qui paroiſſoit ſe trouver entre la pureté qu'exigeoient les fonctions ſacrées de leur miniſtere & l'uſage charnel du mariage, l'Eccléſiaſtique étant, par l'irrégularité qu'il avoit encourue, devenu incapable de ces fonctions ſacrées, il devoit ceſſer d'être incapable de contracter mariage : nonobſtant cette raiſon, le Pape Alexandre III conſulté ſur cette queſtion, décide que le Sous-diacre, qu'on diſoit avoir encouru l'irrégularité par un meurtre qu'il avoit commis, ſoit qu'il l'eût commis, ſoit qu'il ne l'eût pas commis, ne pouvoit pas ſe marier valablement, *cap.* 1. *in fine ext. de vat. & vot. re-*

Digitized by Google

dempt. La raison est que : *nemo ex delicto suo jus consequi potest* ; un crime qui fait encourir à un Ecclésiastique l'irrégularité, ne peut donc lui donner le pouvoir de contracter mariage, qu'il n'a pas.

L'Arrêt que nous avons ci-dessus rapporté, vient à l'appui de la décision du Pape Alexandre ; si, suivant cet Arrêt, un Prêtre apostat, qui est sorti de l'Eglise par une profession ouverte de Calvinisme, continue d'être sujet à la loi qui défend le mariage des Prêtres, à plus forte raison celui qui a seulement encouru l'irrégularité, doit-il y demeurer sujet.

119. Il nous reste à observer que les Ordres sacrés sont bien un empêchement dirimant à l'égard du mariage que l'Ecclésiastique contracteroit depuis sa promotion auxdits ordres ; mais ils ne rompent pas celui qu'il a contracté avant sa promotion, quand même il n'auroit pas été consommé ; c'est ce qu'a décidé le Pape Jean XXII : *licet* (dit ce Pape) *votum solemnisatum per sacri susceptionem Ordinis, quantùm ad impediendum matrimonium contrahendum, ac dirimendum, si post contractum fuerit, secundùm statuta canonum sit efficax reputandum ; ad dissolvendum tamen priùs contractum, etiamsi per carnis copulam non fuerit consummatum* (*cùm nec jure divino, nec per sacros*

Digitized by Google

canones reperiatur hoc ſtatutum) *invalidum eſt cenſendum.* cap. 1. de voto & voti redempt. in extravag. Joann.

Obſervez que la perſonne mariée qui s'eſt fait promouvoir aux Ordres, doit être interdite des fonctions de ſon Ordre, & n'y peut être rétablie que ſuivant ce qui eſt preſcrit *infrà*, *part.* 6. *ch.* 2. *art.* 2.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

Des Empêchements dirimants relatifs, ou de l'Incapacité qu'ont certaines personnes de se marier ensemble.

120. NOUS appellons empêchements dirimants relatifs, ceux qui empêchent deux personnes, en qui ils se rencontrent, de pouvoir se marier valablement ensemble, quoiqu'elles puissent se marier à d'autres.

Nous en trouvons neuf espèces : 1°. la parenté naturelle : 2°. l'affinité : 3°. la parenté civile : 4°. la parenté spirituelle : 5°. L'empêchement qui résulte de l'honnêteté publique : 6°. l'empêchement qui résulte du rapt & de la séduction : 7°. Celui qui est entre l'un des conjoints par mariage, & son adultere : 8°. celui qui est entre l'un des conjoints par mariage, & le meurtrier de l'autre : 9°. celui qui naît de la diversité de Religion.

Digitized by Google

ARTICLE PREMIER.

De l'Empêchement qui réſulte de la parenté naturelle.

Nous verrons dans un premier paragraphe ce que c'eſt que la parenté naturelle, & quelles ſont les manieres de compter les degrés de parenté : nous verrons dans un ſecond paragraphe, quelles parentés forment un empêchement dirimant de mariage, & quels ont été les différents changements de diſcipline à cet égard.

§. I.

Ce que c'eſt que la Parenté ; & quelles ſont les manieres de compter les degrés dans les différentes lignes de Parenté.

121. La parenté naturelle eſt la liaiſon que la nature a miſe entre deux perſonnes qui deſcendent ou l'une de l'autre, ou d'une ſouche commune. Ces termes de la définition, *qui deſcendent l'une de l'autre*, déſignent la parenté de la ligne directe ; ceux-ci, ou *d'une ſouche commune*, déſignent la parenté de la ligne collatérale.

Digitized by Google

122. On appelle ligne de parenté, la suite des personnes par lesquelles la parenté est formée entre deux parents.

Il y a deux lignes de parenté, la directe & la collatérale.

La ligne directe est la suite des personnes qui descendent de moi, qu'on appelle ligne directe descendante, & celle des personnes de qui je descends, qu'on appelle ligne directe ascendante.

Dans la ligne directe descendante, sont le fils, le petit-fils, l'arriere-petit-fils, &c. Dans l'ascendante, sont le pere, l'aïeul, le bisaïeul, &c.

La ligne collatérale est la suite des personnes par lesquelles l'un des parents est descendu de la souche commune dont son parent est descendu.

123. On appelle degré de parenté la distance qu'il y a entre deux parents, qui se regle par le nombre des générations qui forment leur parenté, de maniere qu'on compte autant de degrés qu'il y a de générations.

124. Il n'y a qu'une seule maniere de compter les degrés de parenté dans la ligne directe, soit par le Droit civil, soit par le Droit canonique; on y compte autant de degrés de parenté qu'il y a eu de générations qui l'ont formée.

Par exemple, je suis au premier degré

Digitized by Google

gré de parenté avec mon fils, parce qu'il n'y a eu qu'une génération qui a formé la parenté que j'ai avec mon fils : je ſuis au ſecond degré de parenté avec mon petit-fils, parce qu'il a fallu deux générations pour former la parenté que j'ai avec lui : il a fallu, 1°. que j'aie engendré mon fils ; 2°. que mon fils ait engendré mon petit-fils : je ſuis au troiſieme degré de parenté avec mon arriere-petit-fils, car trois générations ont formé la parenté que j'ai avec lui. 1°. J'ai engendré mon fils ; 2°. mon fils a engendré mon petit-fils ; 3°. mon petit-fils a engendré mon arriere-petit-fils ; par la même raiſon, je ſuis au quatrieme degré avec le fils de mon arriere-petit-fils, parce qu'il y a eu quatre générations pour venir de moi à lui, & *ſic deinceps* des autres degrés.

Il en eſt de même dans la ligne aſcendante. Je ſuis au premier degré de parenté avec mon pere, parce qu'une ſeule génération a formé cette parenté ; je ſuis au ſecond degré avec mon aïeul, parce que deux générations ont formé cette parenté ; mon aïeul a engendré mon pere, & mon pere m'a engendré : je ſuis au troiſieme degré avec mon biſaïeul, parce qu'il y a trois générations de lui à moi : 1°. il a engendré mon aïeul ;

Digitized by Google

2°. mon aïeul a engendré mon pere ; 3°. mon pere m'a engendré, & *sic deinceps* des autres degrés.

125. A l'égard de la ligne collatérale, la maniere de compter les degrés, suivant le Droit canonique, est différente du Droit civil.

Suivant la maniere du Droit civil, pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter toutes les générations qu'il y a en montant depuis moi jusqu'à la souche commune, & toutes celles qu'il y a en descendant depuis la souche commune jusqu'à mon parent.

Suivant cette maniere de compter, il n'y a point de premier degré de parenté dans la ligne collatérale ; la parenté que j'ai avec mon frere, qui est le plus proche parent que je puisse avoir en ligne collatérale, est une parenté au second degré, car il y a une génération pour aller de moi à mon pere, qui est notre souche commune, & il y en a une autre pour descendre de mon pere à mon frere : mon pere m'a engendré, & mon pere a engendré mon frere ; cela fait deux générations, & par conséquent deux degrés. Suivant cette maniere de compter, je suis au troisieme degré avec mon oncle ; car il y a deux générations

Digitized by Google

en montant depuis moi jusqu'à mon aïeul, qui est notre souche commune, & une génération en descendant de mon aïeul à mon oncle; ce qui fait trois générations, & par conséquent trois degrés.

Je suis au quatrieme degré avec mon cousin-germain, car il y a deux générations en montant depuis moi jusqu'à notre aïeul, qui est notre souche commune, & deux générations en descendant de cet aïeul jusqu'à mon cousin-germain; ce qui fait quatre générations, & par conséquent quatre degrés.

Par la même raison, je suis au sixieme degré avec mon cousin issu de germain; car il y a trois générations pour monter depuis moi jusqu'à notre bisaïeul, qui est notre souche commune, & trois pour descendre de cette souche commune jusqu'à ce cousin; ce qui fait six générations, & par conséquent six degrés.

Il en est de même des autres degrés.

126. La maniere de compter les degrés de parenté, suivant le Droit canonique, est différente du Droit civil; on n'y compte que les générations de l'un des parents jusqu'à la souche commune, au-lieu que, suivant le Droit civil, on compte les générations des deux parents.

Digitized by Google

Ou la ligne de parenté eſt égale ou elle eſt inégale.

La ligne de parenté eſt égale, lorſque l'un & l'autre parent ſont dans une diſtance égale de la ſouche commune, comme le ſont des freres, des couſins-germains, des couſins iſſus de germains, &c.

Elle eſt inégale, lorſque l'un des parens eſt plus éloigné de la ſouche commune, que ne l'eſt l'autre; comme dans la parenté qui eſt entre un oncle & un neveu, entre moi & le fils de mon couſin-germain, &c.

Lorſque la ligne eſt égale, on compte les générations qu'il y a depuis l'un des parents ſeulement juſqu'à la ſouche commune; il n'importe lequel, & il y a autant de degrés de parenté, qu'il y a de générations de ce parent juſqu'à la ſouche commune.

Par exemple, ſuivant cette maniere de compter, deux freres ſont au premier degré de la parenté collatérale, parce qu'il n'y a qu'une génération depuis l'un des freres juſqu'au pere, qui eſt la ſouche commune. Deux couſins-germains ſont au ſecond degré, parce qu'il y a deux générations depuis l'un de ces couſins juſqu'à l'aïeul, qui eſt leur ſouche commune. Les enfants des couſins-germains,

Digitized by Google

que nous appellons issus de germains, sont au troisieme degré, parce qu'il y a trois générations depuis l'un d'eux jusqu'à leur bisaïeul, qui est leur souche commune. Les enfants de ces issus de germain sont au quatrieme degré, parce qu'il y a quatre générations depuis l'un d'eux jusqu'à leur trisaïeul, qui est leur souche commune; & il en est de même des autres degrés.

Ce que nous venons de dire est renfermé dans cette maxime : *in lineâ collaterali æquali, quoto gradu unaquæque cognatorum persona distat à communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.*

Dans la ligne inégale, on ne compte à la vérité que les générations qu'il y a depuis l'un des parents jusqu'à la souche commune; mais on doit les compter depuis celui des parents qui est le plus éloigné de cette souche commune.

Par exemple, suivant cette maniere, un oncle & un neveu sont entr'eux au second degré de parenté collatérale; car, depuis le neveu, qui est la personne la plus éloignée de la souche commune, jusqu'à son aïeul, qui est le pere de l'oncle, & leur souche commune, il y a deux générations, & par conséquent deux degrés.

Par la même raison, un grand-oncle

Digitized by Google

& son petit-neveu sont au troisieme degré ; car depuis le petit-neveu jusqu'à son bisaïeul, qui est le pere de son grand-oncle, & leur souche commune, il y a trois générations.

C'est ce qui est renfermé dans cette regle : *in lineâ collaterali inæquali, quoto gradu remotior persona distat à communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.*

127. On ne sçait pas bien quand a commencé dans l'Eglise cette maniere de compter les degrés de parenté pour les mariages différemment du Droit civil : il est certain qu'elle étoit inconnue du temps de saint Ambroise ; car ce saint Docteur, dans sa lettre à Paterne, qui est la 70^e^ dans l'édit. des Bénéd. pour le dissuader du mariage qu'il vouloit faire de son fils avec la niece de son fils, place, conformément à la maniere de compter du Droit civil, la parenté de l'oncle avec sa niece dans le troisieme degré, & celle des cousins-germains dans le quatrieme degré : *lex divina* (dit-il) *etiam patrueles fratres prohibet convenire qui sibi QUARTO sociantur gradu : hic autem* (le degré d'oncle & de niece dans lequel Paterne vouloit marier son fils) *gradus tertius est, qui etiam civili jure à consortio conjugii exceptus videtur.*

Le plus ancien monument qu'on pro-

Digitized by Google

duit de cette maniere de compter les degrés de parenté différemment du Droit civil, se trouve dans la lettre du Pape saint Grégoire à saint Augustin de Cantorbery, qui a été écrite sur la fin du sixieme siecle, ou tout au plus tard, au commencement du septieme. Par cette lettre, faite pour répondre aux questions de S. Augustin, sur la conduite qu'il devoit tenir à l'égard des nouveaux Chrétiens d'Angleterre, ce Pape, sur la question de sçavoir à quel degré de parenté les mariages devoient leur être permis, s'exprime ainsi : *quædam terrena Lex in Romanâ Republicâ permittit, ut sive fratris, sive sororis, seu duorum fratrum germanorum, vel duarum sororum filius & filia misceantur ; sed experimento didicimus, ex tali conjugio sobolem non posse succrescere, & sacra lex prohibet cognationis turpitudinem revelare ; undè necesse est ut jàm tertia vel quarta generatio fidelium licenter sibi jungi debeat ; nam secunda quam diximus, à se omnimodò debet abstinere.* Elle est au Tom. 2. de l'édit. des Bénéd. pag. 1129.

Les cousins-germains, entre lesquels saint Grégoire veut que le mariage soit défendu, sont placés dans le second degré, suivant la maniere de compter du Droit canonique d'aujourd'hui, diffé-

Digitized by Google

rente de celle du Droit civil, qui les place dans le quatrieme.

Les Anglois qui avoient été convertis à la foi par saint Augustin de Cantorbery, disciple de saint Grégoire, comptoient de cette maniere les degrés de parenté pour les mariages. Le canon XIII du Pénitentiel de Théodore de Cantorbery, qui est de la fin du septieme siecle, s'exprime ainsi : *in tertiâ propinquitate carnis, secundùm Græcos licet nubere, in quintâ secundùm Romanos, &c.* Il est visible que Théodore ne compte pas à la maniere du Droit civil, selon laquelle le troisieme degré est celui de l'oncle & de la niece, de la tante & du neveu; car le mariage n'étoit pas permis chez les Grecs dans ce degré : ces termes, *in tertiâ*, ne peuvent s'entendre que des cousins issus de germains, selon la maniere de compter du Droit canonique.

128. Cette maniere de compter les degrés de parenté différemment du Droit civil, ne s'étoit pas établie par-tout en même temps; dans le milieu du septieme siecle on les comptoit encore en Espagne, suivant le Droit civil. Nous trouvons dans le décret de Gratien : *Cauſ.* 35. *q.* 5. *can.* 6. un morceau tiré d'Isidore, Archevêque de Seville, qui florissoit en ce temps, où Isidore, en fai-

Digitized by Google

sant l'énumération des différents degrés de parenté, les compte suivant la maniere de les compter du Droit civil.

129. A l'égard de la France, nous trouvons, vers le milieu du huitieme siecle, un monument qui nous paroît prouver que l'on y comptoit déja en ce temps, les degrés de parenté pour les mariages, à la maniere du Droit canonique ; c'est le premier canon du Concile de Compiegne, tenu l'an 757, sous le Roi Pepin, & qui est rapporté parmi les Capitulaires & Ordonnances de ce Prince ; il y est dit : *Si in quartâ progenie reperti fuerint conjuncti, non separamus ; in tertiâ separantur, & eos qui unus in quartâ & alius in tertiâ sibi pertinent, & conjuncti inveniuntur, separamus* : il est évident que par ce canon les degrés sont comptés à la maniere du Droit canonique ; car, selon la maniere de compter du Droit civil, qui compte les générations des deux parents, on ne diroit pas si l'un est au trois & l'autre au quatre ; mais on diroit s'ils sont au septieme.

130. Dans le onzieme siecle, quoique la maniere de compter les degrés de parenté pour les mariages selon le Droit canonique, différemment du Droit civil, fût depuis long-temps établie dans l'Eglise, il y avoit encore bien des per-

Digitized by Google

ſonnes, attachées à l'ancienne maniere de compter les degrés de parenté conformément au Droit civil, qui ne vouloient pas s'en départir; cela excita de grandes diſputes dans ce ſiecle.

Il s'étoit établi dans ces temps-là une diſcipline qui étendoit la défenſe des mariages pour cauſe de parenté, juſqu'au 7^e^ degré de parenté: ceux qui étoient demeurés attachés à la maniere de compter les degrés de parenté ſuivant le Droit civil, bornoient cette défenſe au degré du couſin iſſu de germain avec l'enfant de ſon couſin iſſu de germain, qui fait le ſeptieme degré, ſuivant la maniere de compter du Droit civil, & permettoient les mariages entre les enfants des couſins iſſus de germain, qui ſont dans le huitieme degré, ſuivant la maniere de compter du Droit civil.

Au contraire, ceux qui comptoient les degrés de parenté, ſuivant la nouvelle maniere de les compter, étendoient beaucoup plus loin la défenſe des mariages pour cauſe de parenté; ils plaçoient, ſuivant cette nouvelle maniere de compter les degrés, les perſonnes qui deſcendoient d'un ſixieme aïeul commun, dans le ſeptieme degré de parenté, & ils étendoient juſqu'à ce degré, incluſivement, la défenſe des mariages.

Digitized by Google

Alexandre II, qui étoit monté sur le Saint Siege en 1061, écrivit sur cette question une lettre décrétale au Clergé de Naples, par laquelle il décide, conformément à la nouvelle maniere qui s'étoit introduite de compter les degrés, qu'on ne doit compter les générations qui forment les degrés de parenté, que de l'un des deux parents jusqu'à la souche commune, & non pas les générations des deux parents (suivant la maniere de compter du Droit civil); il traite ceux qui (selon la maniere de compter du Droit civil) comptoient les générations des deux parents, de gens assis dans la chaire de pestilence : *sedentes in cathedrâ pestilentiæ dictant jura quæ nesciunt, namque, ut fertur, ita generationes à duobus fratribus altrinsecûs prodeuntes enumerant, ut eorum invicem filios quartam, nepotes sextam, pronepotes octavam generationem esse perhibeant. Hoc itaque modo unumquemque generationis gradum qui unus procul dubio dicendus est, dividunt*, &c.

Ce Pape ensuite, pour prouver qu'on ne doit compter les générations que de l'un des parents, tire un fort mauvais argument d'un endroit de la Genèse, où il est dit que Joseph vit jusqu'à la troisieme génération la postérité qui lui étoit provenue de ses enfants Ephraïm & Ma-

Digitized by Google

naſſès ; car ce n'eſt que pour la parenté collatérale qu'on dit qu'on doit compter les générations des deux parents. L'endroit de la Geneſe cité par ce Pape, parlant de la poſtérité de Joſeph, que ce Patriarche a vue de ſon vivant, & par conſéquent d'une parenté de la ligne directe, n'a aucune application à la parenté qui eſt entre des parents collatéraux, ni à la maniere dont les dégrés doivent ſe compter dans la ligne collatérale : enfin, il autoriſe ſa déciſion par le texte de la lettre du Pape S. Grégoire à S. Auguſtin de Cantorbery, que nous avons rapporté *ſuprà*, *n.* 127.

Cette décrétale eſt la 27^e^ des lettres de ce Pape, qui ſont rapportées au tome 9^e^ des Conciles du Pere Labbe.

En 1065, le Pape Alexandre II aſſembla à Rome, ſur cette queſtion, deux Conciles conſécutifs, qui ſont le ſecond & le troiſieme Concile Romain, rapportés au tome 9^e^ des Conciles du Pere Labbe.

La conſtitution que ce Pape fit dans le premier de ces Conciles, c'eſt-à-dire, dans le ſecond Concile Romain, au palais de S. Jean de Latran, eſt rapportée dans le décret de Gratien, *cauſ.* 35. *quæſt.* 5. *can.* 2.

Par cette Conſtitution, qui eſt adreſ-

Digitized by Google

sée à tous les Evêques & à tous les Juges d'Italie, il défend, sous peine d'excommunication, de compter les degrés de parenté pour les mariages, suivant la la maniere dont les loix civiles les comptent pour les successions : il apporte cette raison de la différence qu'il doit y avoir entre la maniere de compter les degrés pour les successions, & celle de les compter pour les mariages : *quia*, dit-il, *hereditates nequeunt deferri, nisi de unâ ad alteram personam, ideirco curavit secularis Imperator in singulis personis, singulos præfigere gradus ; quia verò nuptiæ sine duabus non valent fieri personis, ideo sacri canones duas in uno gradu constituere personas.*

Ceux qui furent réfractaires à ces constitutions, & qui s'obstinerent à vouloir compter les degrés de parenté pour les mariages, suivant la maniere du Droit civil, furent regardés comme hérétiques : on appella leur opinion l'héréſie des incestueux, par ce qu'en réputant pour le septieme degré de parenté, suivant la maniere de compter du Droit civil, celui d'un cousin issu de germain, avec les enfants de son cousin issu de germain, ils permettoient les mariages entre les enfants des cousins issus de germain & dans les degrés suivants, que ceux qui

Digitized by Google

comptoient les degrés différemment, regardoient comme inceſtueux.

131. Entre ceux qui comptoient les degrés différemment du Droit civil, il y avoit une différence ; on les comptoit le plus communément comme nous les comptons aujourd'hui, ſelon le Droit canonique, en comptant les freres pour le premier degré de la parenté collatérale ; les couſins-germains, pour le ſecond ; les iſſus de germains, pour le troiſieme, &c. mais dans quelques Egliſes on commençoit à compter les degrés de la parenté collatérale par les enfants des freres, c'eſt-à-dire, par les couſins-germains, qu'on plaçoit dans le premier degré ; on penſoit que les freres & ſœurs étant comme les ſouches d'où deſcendoient les différents degrés de parenté, ils ne devoient pas être comptés pour un degré, *quia*, dit Alexandre, en rapportant cette maniere particuliere à quelques Egliſes, *quia fratres, quaſi quidam truncus ex quo cæteri ramuſculi naſcuntur.* d. can. 2.

C'étoit une fort mauvaiſe raiſon ; car il eſt évident que ce ne ſont pas les freres, mais que c'eſt le pere d'où deſcendent les freres eux-mêmes, qui fait la tige & la ſouche de la parenté.

Digitized by Google

§. II.

Quelles Parentés forment un Empêchement dirimant de Mariages ; & quels ont été à cet égard les différents changements de discipline.

132. Il faut, à cet égard, distinguer les différentes especes de parenté & les différents temps.

La parenté de la ligne directe, en quelque degré éloigné qu'elle soit, a été dans tous les temps un empêchement dirimant de mariage.

La loi naturelle a formé cet empêchement, & tous les peuples se sont accordés à regarder comme incestueuse & abominable, l'union charnelle entre des parents de cette ligne.

Quoique le crime de cette union se fasse mieux sentir par un sentiment naturel, que par le raisonnement, on peut néanmoins dire, que le respect & la soumission qu'un fils doit par le droit naturel à sa mere, étant quelque chose d'opposé & d'incompatible avec l'autorité que le mariage donne au mari sur sa femme, un fils ne peut pas, sans blesser la loi naturelle, devenir le mari de sa mere ; pareillement, le grand respect

Digitized by Google

pas qu'une fille doit à son pere, ne permet qu'elle devienne, par le mariage, sa compagne : ce sont les raisons que rapporte Grotius, *de jur. bel. & pac.* lib. 2. c. 5. §. 12.

Ces raisons peuvent s'appliquer aux autres parents de la ligne directe.

133. Dans la ligne collatérale, le mariage entre le frere & la sœur ; celui du neveu avec sa tante, sont condamnés comme incestueux par la Loi divine : *qui acceperit sororem suam, filiam patris sui, vel filiam matris suæ, & viderit turpitudinem ejus, illaque conspexerit fratris ignominiam, nefariam rem operati sunt, occidentur in conspectu populi sui.* Levit. 20. 17. & plus bas il est dit : *turpitudinem materteræ & amitæ tuæ non discooperies,* &c. v. 19.

Grotius, *d. cap.* 5. §. 13. remarque que la défense des mariages dans les degrés exprimés par le Lévitique, n'étoit pas particuliere aux Israélites ; qu'elle n'étoit qu'un renouvellement d'une défense générale que Dieu en avoit faite à tous les hommes, depuis que le genre humain avoit été assez multiplié, pour que le mariage des freres & des sœurs ne fût plus nécessaire, puisque la transgression qui en avoit été faite par les peuples de Canaan, est traitée d'abomination : *ne polluamini in omnibus his quibus con-*

Digitized by Google

taminatæ sunt gentes quas ego ejiciam ante conspectum vestrum, & quibus polluta est terra. Levit. XVIII. 24. La tradition s'en étoit conservée dans le Paganisme.

134. Par les loix romaines, le mariage du frere avec sa sœur, du neveu avec sa tante, & même sa grande-tante, & celui de l'oncle avec sa niece, & même sa petite-niece, étoient défendus, & regardés comme incestueux. La raison, à l'égard des oncles & tantes, étoit qu'un oncle tient en quelque façon lieu de pere à sa niece, & une tante tient lieu de mere à son neveu; c'est celle que rend Paul: *fororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum.* L. 39. *ff.* de rit. nupt.

Il est vrai que l'Empereur Claude, pour satisfaire la passion qu'il avoit pour Agrippine, fille de son frere Germanicus, qu'il vouloit épouser, fit porter une loi par le Sénat, qui permettoit aux oncles d'épouser les filles de leur frere; mais Suetone remarque que cette loi, en permettant ces mariages, qui avoient toujours été regardés comme incestueux, *quæ ad id tempus incesta habebantur*, ne changea pas sur cela les idées des Romains, & que l'exemple de l'Empereur n'eut pas d'imitateurs: *non repertis qui sequerentur exemplum.* Sueton. in Claud.

Digitized by Google

C'eſt par cette raiſon que les Juriſconſultes décideront que cette loi n'étoit ſuſceptible d'aucune extenſion, & que la permiſſion qu'elle accordoit pour le mariage d'un oncle avec la fille de ſon frere, ne devoit pas s'étendre à celui d'un oncle avec la fille de ſa ſœur, ni encore moins à celui d'un neveu avec ſa tante. C'eſt ce que nous apprenons d'Ulpien : *ex tertio gradu licet uxorem ducere, ſed tantùm fratris filiam, non etiam ſororis filiam, nec amitam nec materteram, quamvis eodem gradu ſint.* Ulp. fragm. tit. 5. §. 6.

Enfin, la Loi qui avoit été portée ſous l'Empereur Claude, pour permettre le mariage d'un oncle avec la fille de ſon frere, fut abrogée par la conſtitution des Empereurs Conſtance & Conſtant, qui défendirent, ſous peine capitale, ce mariage : *Si quis filiam fratris ſororisve faciendam crediderit abominanter uxorem, capitalis ſententiæ pœnâ teneatur.* L. 1. Cod. Theod. de inceſt. nupt.

Il y en a qui penſent que la loi de l'Empereur Claude avoit déja été abrogée par Conſtantin le Grand ; quoique ſa conſtitution ne nous ſoit pas parvenue, ils ſe fondent ſur ce que Sozomene rapporte de cet Empereur : *qui intemperantes & diſſolutos concubitus anteà minimè*

Digitized by Google

prohibitos coercuit, ſicut ex legibus quæ de illis latæ ſunt deprehendere licet.

135. A l'égard des couſins-germains, le mariage dans ce degré avoit toujours été permis juſqu'à la loi de Theodoſe le Grand, qui le défendit.

Il n'avoit pas été non plus défendu juſqu'alors dans l'Egliſe, par aucun canon; l'Egliſe n'avoit d'autres regles ſur les parentés qui doivent empêcher les mariages, que les loix de l'Empire.

Il y avoit néamoins, avant la loi de Théodoſe, des perſonnes qui ſe faiſoient ſcrupule de contracter ces mariages, à cauſe de la reſſemblance que ces couſins avoient avec des freres & ſœurs, ces couſins, lorſqu'ils étoient du côté paternel, étant nommés en latin, *fratres & ſorores patrueles.*

C'eſt ce que nous apprenons de ſaint Auguſtin, *lib. 15. de civit. Dei. cap. 16*; où il eſt dit: *Experti ſumus in communione conſobrinorum etiam noſtris temporibus propter gradum propinquitatis fraterno gradui proximum, quàm rarò propter mores fiebat, quod fieri per leges licebat, quia id nec divina lex prohibuit, & nondum prohibuerat lex humana.*

S. Auguſtin, par *lex humana*, entend parler de la conſtitution de Théodoſe,

Digitized by Google

qui avoit été publiée peu de temps avant qu'il écrivît.

Il paroît que, même dans le Paganisme, les Romains avoient eu quelque scrupule sur les mariages entre cousins-germains, mais qu'ils s'y étoient accoutumés ; c'est ce que nous apprenons du discours de l'Empereur Claude au Sénat, qui est rapporté par Tacite, *lib.* 12. *ann.* Ce Prince, pour engager le Sénat à porter une loi qui permette le mariage de l'oncle & de la niece, dit qu'on ne doit pas s'arrêter à la prévention qu'on a contre ; que les Romains avoient aussi été autrefois prévenus contre le mariage des cousins-germains, & qu'ils étoient revenus de cette prévention : *sobrinorum* (*) *diù ignorata* (*conjugia*) *tempore percrebuisse.*

Plutarque dans ses causes, *quæst.* 6. rapporte aussi que les mariages des cousins-germains avoient été pendant longtemps regardés de mauvais œil chez les Romains : *diù apud Romanos inviſa fuiſſe* ; que le peuple avoit fait une loi qui

(*) J. Lipse dans ses notes sur ce Texte, dit que ce terme se prend ici pour *Consobrinarum*, c'est-à-dire, pour les mariages avec une cousine-germaine : quoique ce terme dans le langage des Jurisconsultes, soit destiné à signifier des cousins issus de germains, il se prend ches les autres Auteurs indifféremment pour les cousins-germains, comme pour les autres cousins.

Digitized by Google

les déclaroit permis, & défendoit les mariages dans les degrés qui étoient plus proches : il n'en dit pas le temps.

136. Après la mort de Théodose, Arcade & Honorius ses enfants firent une loi, par laquelle ils confirmerent la loi de Théodose pour la nullité des mariages entre cousins-germains, en abrogeant seulement la peine du feu & de la confiscation des biens ordonnée par la loi de Théodose contre les infracteurs de cette loi.

Celle d'Arcade & d'Honorius, est la loi *Manente. 3. cod. Theodos. de incest. nup.* elle est datée du 4^e^ Consulat d'Arcade, & du 3^e^ d'Honorius, c'est-à-dire, de l'an 396.

Depuis, Arcade changea de sentiment, & fit une loi qui abrogea celle de Théodose, & permit le mariage entre cousins-germains. Justinien (*) qui approuvoit aussi ces mariages, l'a fait insé-

(*) Il est étonnant que l'Auteur du Traité sur les Mariages de 1753, *page* 250, 251 & 252, dise que Justinien a défendu les mariages entre cousins-germains, & qu'il a renouvellé la loi de Théodose, qui les avoit défendus ; il est notoire que Justinien permettoit ces mariages : il dit dans ses Institutes au Tit. *De Nupt.* §. 5. *Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris & sororis conjungi possunt.* C'est pour cela qu'il a fait insérer dans son Code la loi *Celebrandis*, qui révo-

Digitized by Google

rer dans son code; elle est la 19^e^. *cod. de nupt.* Il y est dit : *celebrandis inter consobrinos matrimoniis licentia legis hujus salubritate indulta est, ut resecatâ prisci juris autoritate restinctisque calumniarum fomentis, matrimonium inter consobrinos habeatur legitimum*, &c.

Par ces termes, *resecatâ prisci juris autoritate*, il est évident qu'Arcade entend parler de la constitution de Théodose, qui avoit défendu ces mariages, & que par respect pour la mémoire de son pere, il n'osa pas dire expressément qu'il abrogeoit la loi de son pere : cette loi est datée du second consulat de Stilicon & d'Antheme, c'est-à-dire, de l'an 404.

Quoiqu'elle soit intitulée des noms d'Arcade & d'Honorius, parce qu'il étoit d'usage d'intituler les loix du nom des deux Empereurs régnants, néanmoins cette loi, adressée à Eutichianus, Préfet du Prétoire d'Orient, étoit d'Arcade seul, & n'étoit faite que pour la partie de l'Empire qui lui étoit échue, c'est-à-dire, pour l'Orient.

quoit la défense que Théodose avoit faite de ces mariages, & qu'au contraire, il n'y fit pas insérer la loi *Manente* 3. *Cod. Theod. de inc. Nupt.* ni la loi unique, *Cod. Theod. si nuptiæ ex resc. petant*; lesquelles confirmoient la défense de ces mariages.

Digitized by Google

Au contraire, dans l'Occident les mariages entre cousins-germains continuerent d'être défendus. Honorius, à qui cette partie de l'Empire étoit échue, renouvella encore la défense de ces mariages par la loi unique, *cod. Theod. si nupt. ex rescrip. pet.* en permettant néanmoins par cette loi à ceux qui voudroient les contracter, de se pourvoir par devers lui pour en obtenir la dispense, s'il le jugeoit à propos.

Cette loi est datée de Ravenne, sous le huitieme Consulat d'Honorius, c'est-à-dire, de l'an 409 : elle est adressée à Théodore, Préfet du Prétoire d'Italie. Quoique, suivant l'usage ci-dessus mentionné, elle soit intitulée des noms d'Arcade & d'Honorius, il n'est pas douteux que c'est Honorius seul qui l'a faite pour la partie de l'Empire qui lui étoit échue; c'est-à-dire, pour l'Occident.

137. Les peuples qui s'établirent en Occident sur les débris de l'Empire Romain, & qui embrasserent la foi Chrétienne, ayant trouvé le mariage des cousins-germains défendu par la discipline de l'Eglise, qui s'étoit à cet égard conformée aux loix des Empereurs, se soumirent à ces loix. Ainsi le mariage des cousins-germains ne pouvoit être légitimement contracté chez les Goths, sans

Digitized by Google

une permiſſion expreſſe du Prince, comme nous l'apprenons de Caſſiodore. *Epiſt. VII.* 46.

138. La défenſe des mariages entre parents n'en demeura pas au degré des couſins-germains : elle fut étendue aux couſins iſſus de germain, enſuite au quatrième degré ; & par ſucceſſion de temps, juſqu'au ſixieme & au ſeptieme degré. Dans quelques Conciles, les mariages furent défendus entre parents d'une maniere illimitée. Ce qui donna lieu à cette extenſion, fut une opinion qui ſe répandit que la loi du Lévitique défendoit tous mariages entre parents indéfiniment ; cette opinion étoit fondée ſur un paſſage du Lévitique, que ceux qui la tenoient, entendoient mal : il eſt au Chapitre 18. *v.* 6. où il eſt dit : *Omnis homo ad proximam ſanguinis ſui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus.* Au lieu d'entendre ces termes, *ad proximam ſanguinis ſui*, rélativement aux verſets qui ſuivent, & de les reſtraindre & déterminer aux degrés de parenté, dont ces verſets contiennent le détail : ils les entendoient d'une maniere abſolue, ſans aucune rélation avec les verſets ſuivants, & croyoient en conſéquence trouver dans ce paſſage du Lévitique une défenſe illimitée des mariages entre parents.

Digitized by Google

rents. Cette opinion étoit déja répandue chez les Goths dès le VI^e^ siecle : c'eſt ce qui paroît par le ſecond Concile de Tolede, tenu l'an 531 ſous le Roi Amalaric.

Il eſt dit au cinquieme Canon : *Sancimus ne quis fidelium, propinquorum ſanguinis ſui, uſquequo affinitatis lineamenta generis ſucceſſione cognoſcit, in matrimonio ſibi deſideret copulari ; quoniam ſcriptum eſt, omnis homo ad propinquam ſanguinis ſui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus, &c.* Cette défenſe eſt faite ſous peine d'excommunication.

Obſervez que le Concile ne défend ces mariages que parce qu'il les croit défendus par la loi Divine ; c'eſt-à-dire, par un article de la loi du Lévitique qu'on avoit dans ce temps mal entendu.

Le Concile n'entend pas établir un nouvel empêchement de mariage ; l'Egliſe n'en admettoit pas alors d'autres que ceux qui étoient établis par la loi Divine, ou par les loix des Princes. On peut faire la même obſervation à l'égard des autres Conciles que nous citerons ci-après.

Le Concile d'Agde, tenu l'an 506, ſous le Roi Alaric, défend auſſi d'une maniere illimitée les mariages entre parents & affins. Le canon 61 déclare inceſtueux, *qui ex propriâ conſanguinitate aliquam aut quam conſanguineus habuit*,

Digitized by Google

concubitu polluerit, aut duxerit uxorem.

Observez que ce canon est suspect, ne se trouvant pas dans les anciens manuscrits de ce Concile, dans lesquels on ne trouve que les quarante-sept premiers canons. *Voyez la note du Pere Syrmond.*

139. Les Conciles qui furent tenus dans ce siecle chez les Bourguignons & chez les François, se contenterent d'étendre la défense des mariages entre parents jusqu'au degré des cousins issus de germains : ils ne regardoient pas comme parenté celle des degrés ultérieurs.

Le Concile *Epaunense*, tenu l'an 517, sous S. Sigismond, Roi des Bourguignons, *can.* 30. déclare incestueux les mariages entre cousins-germains & issus de germains, & les défend à l'avenir sans casser ceux qui ont été contractés auparavant : *incestos hos censemus.... Si quis consobrinæ sobrinæve se societ, quod ut à præsenti tempore prohibemus, ita ea quæ sunt anterius instituta non solvimus.*

Le Concile de Clermont, *Arvernense*, tenu l'an 535, *consentiente Domno nostro glorioſissimo piissimoque Rege Theodeberto*, dit au canon 12 : *Si quis..... consobrinam sobrinamve..... crediderit carnalis conjugii consortio violandam, & ausu sacrilego autoritatem divinæ legis ac jura naturæ perruperit.*

Digitized by Google

Le troisieme Concile d'Orleans, tenu l'an 538, sous le Roi Childebert, défend pareillement, canon 10 : *Ne quis sibi conjugii nomine sociare præsumat.... consobrinam aut sobrinam..... quod si qui in hoc incesti adulterio potius quàm conjugio fuerint sociati, quandiu se non separaverint, à communione Ecclesiasticâ separentur.* Le Concile néanmoins déclare qu'on doit tolérer ces mariages à l'égard de ceux qui les ont contractés de bonne foi avant leur conversion à la foi, ou avant que d'en avoir été instruits.

Le second Concile de Tours, tenu en 567, sous le Roi Cherebert, confirme à l'égard de la défense des mariages entre parents, les canons des Conciles *Epaunense* & *Arvernense*.

Le Concile d'Auxerre, tenu sous le Roi Chilperic l'an 578, can. 31. dit : *non licet consobrinam, hoc est quæ de duobus fratribus aut de duabus sororibus procreatur, in conjugium accipere, nec qui de ipsis nati fuerint in conjugio socientur.*

Contre ces Conciles du 6^e^ siecle, qui défendent les mariages des issus de germains, on opposera peut-être que saint Gregoire, dans sa lettre à Augustin, écrite sur la fin de ce siecle, ou peut-être même au commencement du septieme, borne la défense des mariages au degré

Digitized by Google

des cousins-germains, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 127.

Mais il y a lieu de croire que c'est par condescendance pour ces peuples nouvellement convertis à la foi, qu'il leur permet le mariage entre cousins au troisieme degré ; c'est-à-dire, issus de germains : *Necesse est*, dit-il, *ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter sibi jungi debeat.*

Il résulte de ces termes, *tertia vel quarta*, que S. Grégoire en ne permettant à ces peuples le mariage entre parents qu'au *troisieme degré tout au plus*, il les exhorte à ne se le permettre qu'au quatrieme degré.

140. La discipline sur l'extension de la défense du mariage entre parents, jusqu'aux cousins du troisieme degré, c'est-à-dire, jusqu'aux issus de germains inclusivement, continua dans le septieme siecle. Le cinquieme Concile de Paris, tenu l'an 615, can. 14, déclare incestueux le mariage qu'un homme contracteroit avec sa cousine-germaine, & même avec sa cousine au troisieme degré : *Si quis.... consobrinam, sobrinam.... conjugii crediderit consortio, violandam....*

Le Roi Clotaire Second avoit assemblé dans ce Concile les Evêques de tous ses Etats, & soixante-dix-neuf Evêques y assisterent ; c'est pourquoi il est appellé

Digitized by Google

Concile général par le Concile de Reims, qui fut tenu quelque temps après. Le Roi Clotaire en confirma les actes par un Edit qui est rapporté en fin de ces actes dans le cinquieme tome des Conciles du Pere Labbe, au moyen de quoi, le mariage entre les cousins au troisieme degré, se trouva défendu en France par la loi du Prince, aussi-bien que par l'Eglise.

Néanmoins dans les Capitulaires du Roi Dagobert, Successeur immédiat de Clotaire, qui sont une espece de Code, divisé en trois parties, que ce Prince fit faire l'an 631, des loix des Rois Thierry, Childebert & Clotaire, ses Prédécesseurs, pour les différents peuples soumis à l'Empire François, nous lisons dans la troisieme partie, intitulée *Lex Bajuvaiorum*, au t. 6. cap. 1. *uxorem habere non licet socrum, &c.... filii fratrum, filii sororum, nullâ præsumptione jungantur; si quis contra hæc fecerit, à loci judicibus separetur.* La défense n'est pas étendue au delà.

Il y a lieu de croire que c'est par condescendance que Dagobert restraignit au degré des cousins-germains, en faveur de ces *Bajuvarii*, la défense des mariages entre parents, qui s'étendoit jusqu'au troisieme degré par les canons du cinquieme Concile de Paris, & par l'Edit du Roi

Digitized by Google

Clotaire II, comme nous venons de le voir ci-dessus.

141. Sur la fin du septieme siecle, la défense des mariages entre parents, qui ne passoit pas le troisieme degré, c'est-à-dire, celui des cousins issus de germains, s'étendit au quatrieme degré; c'est ce qui paroît par le treizieme canon du Pénitentiel de Théodore de Cantorbery, qui est de la fin du septieme siecle, & que nous avons rapporté *suprà* n. 127; il y est dit: *In tertiâ propinquitate carnis secundùm græcos licet nubere, in quintâ secundùm Romanos.* Donc le mariage étoit déja défendu à Rome au quatrieme degré, puisqu'il n'étoit permis qu'au cinquieme, quoiqu'on le tolérât dans le quatrieme & même dans le troisieme, lorsqu'il avoit été fait par ignorance & de bonne foi; c'est pourquoi le canon ajoute: *Qui tamen, in tertiâ propinquitate facta non solverint, si antea ab inscientibus compacta fuissent.*

142. Dans le huitieme siecle, Grégoire II, dans le Concile Romain tenu l'an 721, défendoit les mariages entre parents, d'une maniere illimitée. Le Concile, après avoir dit dans le canon huitieme: *Si quis consobrinam duxerit in conjugium, anathema sit*, ajoute dans le canon neuvieme, d'une maniere illimitée: *Si*

Digitized by Google

quis de propriâ cognatione, vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, anathema sit, & responderunt omnes tertio, anathema sit.

Zacharie, l'un de ſes ſucceſſeurs dans le même ſiecle, dans la ſeptieme de ſes lettres adreſſée à Pepin, Maire du Palais, & qui eſt rapportée au ſixieme tome des Conciles du P. Labbe, défend auſſi le mariage entre parents, d'une maniere illimitée, & tant que la parenté peut ſe connoître : il dit dans cette lettre, cap. 22. *Nos.... dicimus ut dum uſque ſe ſe generatio cognoverit, juxtà ritum & normam chriſtianitatis & religionis non copuletur conjugiis.*

Cette défenſe illimitée des mariages entre parents avoit de grands inconvéniens. Grégoire II qui l'avoit portée dans le Concile Romain, les reconnut lui-même ; car dans une réponſe qu'il fit peu de temps après à Boniface, Archevêque de Mayence, qui l'avoit conſulté ſur pluſieurs points de diſcipline, il détermine au quatrieme degré l'étendue de la défenſe des mariages entre parents.

La lettre décrétale qui contient cette réponſe, eſt la treizieme des lettres de ce Pape, dans la collection des Conciles du P Labbe, tome 6. Il y eſt dit, art. 1 : *In primis legebatur in quotâ progenie propinquorum matrimonium copuletur ? Di-*

Digitized by Google

cemus quod oportuerat quidem, quandiu se agnoscunt affinitate propinquos, ad hujus copulæ non accedere societatem : sed quia temperantia magis, & præsertim in tam barbarâ gente plus placet, quàm districtio censuræ, concedendum est ut post quartam generationem jungantur.

Il n'est pas douteux que ces termes, *post quartam generationem*, doivent s'entendre selon la maniere du Droit canonique de compter les degrés. Nous avons vu *suprà* n. 129, qu'elle étoit établie dans ce siecle; & d'ailleurs il est évident que Grégoire II, qui tenoit pour principe que toute parenté étoit un empêchement de mariage, ne l'auroit pas bornée au quatrieme degré, suivant la maniere de compter du Droit civil, qui est celui des cousins-germains.

Les Conciles qui furent tenus en France dans le huitieme siecle, prirent aussi le parti de limiter le degré dans lequel les mariages entre parents seroient défendus, & d'en étendre néanmoins la défense jusqu'au quatrieme degré inclusivement.

Le Concile de Verberie, *Vermeriense*, tenu l'an 752, en présence du Roi Pepin, les défend jusqu'au quatrieme degré, de maniere néanmoins qu'il n'y eût que les degrés qui précédoient le quatrieme, qui formassent un empêchement dirimant,

Digitized by Google

& que le quatrieme formât seulement un empêchement prohibitif. Voici les termes de ce Concile, canon 10 : *in tertio geniculo separentur.... in quartâ conjunctione si inventi fuerint, eos non separamus, sed pœnitentiam indicimus; attamen si factum non fuerit, nullàm facultatem conjungendi in quartâ generatione damus.*

Il suffisoit même, suivant le Concile de Compiegne, tenu cinq ans après, pour que la parenté formât un empêchement dirimant, que l'un des conjoints fût au troisieme degré, quoique l'autre ne fût qu'au quatrieme, Voici les termes du Concile, cap. 10 : *Si in quartâ progenie reperti fuerint conjuncti, non separamus; in tertiâ si reperti fuerint, separantur; & eos qui unus in quartâ, alius in tertiâ sibi pertinent, & conjuncti inveniuntur, separamus.*

Ce Concile avoit été tenu sous le Roi Pepin l'an 757, *in generali populi conventu*, comme porte le titre.

Charlemagne dans son Capitulaire de la loi Salique, publié l'an 798, confirma ce qui avoit été réglé pour la défense des mariages entre parents, par les Conciles tenus sous le regne de Pepin son pere, en prononçant des peines contre les contrevenants; il est dit: *Si quis sororem aut fratris filiam, aut tertiæ alterius gradûs consobrinam, aut fratris uxorem aut avunculi,*

Digitized by Google

sceleratis nuptiis sibi junxerit, huic pœnæ, (id est mulctæ mille & ducentorum denariorum de quâ cap. præced.) *subjaceat, atque etiam si filios habuerint, non habeantur legitimi heredes, sed infamiâ sint notati.*

Remarquez qu'il n'est pas dit simplement *consobrinam*, ce qui ne signifieroit que la cousine-germaine; mais il est dit: *Alterius gradûs consobrinam*, ce qui signifie cousine dans quelqu'autre degré défendu par les Conciles.

143. La même discipline avoit encore lieu dans le neuvieme siecle. La défense du mariage entre parents étoit encore bornée au quatrieme degré, sauf qu'on rendit pour l'avenir empêchement dirimant de mariage la parenté, qui n'étoit auparavant dans ce degré, qu'un empêchement prohibitif.

C'est ce qui est porté par le canon cinquante-quatre du Concile de Mayence, tenu sur la fin du regne de Charlemagne, l'an 813: *Contradicimus quoque ut in quartâ generatione nullus amplius conjugio copuletur; ubi autem post interdictum, factum fuerit, separetur.*

Les termes dont se servent les Peres de ce Concile, dans la lettre par laquelle ils en adressent les actes à Charlemagne, sont trop remarquables pour les omettre ici: ils reconnoissent dans les termes les

Digitized by Google

moins équivoques, l'autorité que Dieu a donnée aux Princes séculiers sur ce qui concerne la discipline ecclésiastique. Voici comme ils s'expriment : *De his omnibus valdè indigemus vestro adjutorio atque sanâ doctrinâ, quæ & nos jugiter admoneat atque clementer erudiat, quatenus ea quæ paucis subter perstrinximus capitulis, à vestrâ autoritate firmentur, si tamen vestra pietas ita dignum esse judicaverit ; & quicquid in eis emendatione dignum reperitur, vestra magnifica imperialis dignitas jubeat emendare, ut ita emendata nobis omnibus & cunctæ christianæ plebi ac posteris nostris proficiant ad vitam, salutem, & ad gloriam sempiternam.*

144. Ce n'est qu'à la fin du neuvieme siecle, que nous commençons à voir la défense des mariages entre parents, étendue jusqu'au sixieme & septieme degré.

Le Concile de Wormes, tenu en 868, sous Charles le Chauve, n'étendoit pas encore cette défense au delà du quatrieme degré. Le canon 78 de ce Concile est copié mot pour mot sur le cinquante-quatrieme canon de celui de Mayence, rapporté ci-dessus.

Mais depuis, la défense des mariages entre parents ne tarda pas long-temps à être étendue jusqu'au septieme degré. Ce fut au second Concile, *Duziacense*,

Digitized by Google

convoqué par Charles le-Chauve, & tenu à Douzy, bourg situé à une lieue de Sedan, aux ides de Juillet (*) 814.

C'est ce qui paroît par une lettre Synodale de ce Concile, écrite aux Evêques d'Aquitaine, qui est rapportée au neuvieme tome des Conciles du Pere Labbe. Elle commence ainsi : *Sancta Synodus plurimarum provinciarum nutu divino & sanctione Domini Caroli Regis glorioſi apud Duziacum, ſecùs municipium Moſomum Remenſis provinciæ, in Dei nomine anno incarn.* 874, *convocata: Dilectis fratribus, & venerabilibus conſacerdotibus noſtris in provinciis Aquitaniæ regionis ſanctas Eccleſias gubernantibus, plurimam in Salvatore ſalutem.* Les Peres du Concile disent ensuite, qu'ils ont appris que dans l'Aquitaine plusieurs personnes nobles contractoient des mariages incestueux, en s'autorisant d'une lettre de S. Grégoire à Augustin, Evêque des Anglois, par laquelle ce Pape bornoit au second degré la défense des mariages entre parents, & les permettoit au troisieme & au quatrieme. Ce n'est, disent les Peres de ce Concile, qu'une condes-

(*) C'est de ce Concile qu'il faut entendre ce que dit Aimoin v. 31. *Generale placitum idibus junii hoc anno à Carolo Rege in villâ Duziâ celebratum.*

Digitized by Google

cendance que S. Grégoire a eue pour un peuple nouvellement converti à la foi, qui ne doit pas être tirée à conſéquence : S. Grégoire, ajoutent-ils, dans une réponſe qu'il a faite à Félix, Evêque (*) de Meſſine, qui lui avoit reproché ce violement de la diſcipline dont il n'y avoit pas d'exemple, a reconnu, que ſelon les regles de l'Egliſe, les mariages étoient défendus entre parents juſqu'au ſeptieme degré, & que la condeſcendance qu'il avoit eue en les permettant dans des degrés plus proches aux Anglois nouvellement convertis, n'étoit qu'*ad tempus*, juſqu'à ce qu'ils fuſſent affermis dans la foi. En conſéquence, les Peres du Concile exhortent les Evêques d'Aquitaine à empêcher de tout leur pouvoir les mariages inceſtueux, & ils déclarent tels tous ceux qui ſont contractés entre parents

(*) La prétendue Lettre de Félix de Meſſine, & la prétendue réponſe de ſaint Grégoire à cette Lettre, qui n'étoient pas alors ſuſpectées, avoient induit en erreur les Peres du Concile de Douzi, ſur l'étendue de la défenſe des mariages entre parents juſqu'au ſeptieme degré : on a reconnu, à l'aide de la critique, que cette Lettre de Félix étoit une piece ſuppoſée, & que la réponſe de ſaint Grégoire, ſi elle n'étoit pas auſſi ſuppoſée, étoit néanmoins conſidérablement altérée & interpolée : ce qui y eſt dit de la défenſe des mariages, fait partie des interpolations.

Digitized by Google

en quelque degré qu'ils soient, qui ait un nom de parenté : *Tamdiu*, disent-ils, *ut christiana religio & autoritas sanctæ Ecclesiæ sancit, conjugia inter proximos vitanda sunt, quamdiu necessitudinum nomina perseverant, quoniam nunquam christianis convenit, ut duæ aut tres necessitudines, ut Beatus* (*) *Augustinus ait, in homine uno fiant.*

D'où les peres du Concile concluent que les mariages ne peuvent être permis qu'au delà du septieme dégré de parenté, *propinquitatis conjugia ultrà septimum gradum differenda*, chacun des sept degrés de parenté, ayant son nom de parenté particulier; le premier dégré étant celui des freres & sœurs; le second, celui de leurs enfants, *fratrum sororumve filii aut filiæ*, qui sont entr'eux cousins germains; le troisieme, celui des *fratrum sororumve nepotes & neptes;* le quatrieme, celui des *fratrum sororumve pronepotes aut proneptes;* le cinquieme, celui des *fratrum sororumve abnepotes aut abneptes;* le sixieme, celui des *fratrum sororumve atnepotes aut atneptes;* & enfin le septieme, celui des *fratrum sororumve trinepotes aut trineptes.*

C'est à cette époque du Concile de Douzi, qu'on doit fixer pour la France

(*) *Lib. 15. de civit. Dei.*

Digitized by Google

l'étendue de la défenſe des mariages entre parents juſqu'au ſeptieme degré.

Il eſt vrai que dans les trois derniers livres des Capitulaires de Charlemagne & de Louis le Débonnaire, recueillis vers le milieu du neuvieme ſiecle, par Benedictus-Levita, pour ſervir de ſupplément aux quatre premiers livres que l'Abbé Andegiſile avoit recueillis du vivant de Louis le Débonnaire, nous trouvons quelques articles qui font mention de la défenſe des mariages entre parents, juſqu'au ſeptieme degré.

Tel eſt l'article 130 du ſixieme livre, où il dit : *Chriſtiani ex propinquitate ſuâ ſanguinis uſque ad ſeptimum gradum connubia non ducant, nec ſine benedictione Sacerdotis nubere audeant.*

Ces termes, *uſque ad ſeptimum gradum*, paroiſſent plus que ſuſpects d'avoir été ajoutés & interpolés : 1°. parce que dans les articles 327 & 408, où ce Capitule eſt répété (*a*) dans les mêmes termes, ces mots *uſque ad ſeptimum gradum*,

(*) Benedictus-Levita dans la Préface qui eſt en tête de ſon Recueil, avertit ſes Lecteurs de ces répétitions : *Monemus Lectores ut ſi eadem Capitula duplicata vel triplicata repererint, non hoc noſtræ imperitiæ reputent, quia diverſis ea in Scedulis invenimus, & tam citò hæc emendare nequivimus.*

Digitized by Google

ne ſe trouvent point : 2°. parce que le Concile de Wormes, tenu ſous Charles le Chauve, ayant borné au quatrieme degré, la défenſe des mariages entre parents, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 144, il n'eſt pas vraiſemblable que les Empereurs précédents aient étendu plus loin cette défenſe ; car s'ils l'avoient fait, les Peres du Concile de Wormes n'auroient pas manqué de s'y conformer.

Il faut dire la même choſe à l'égard de l'article 229 du ſixieme livre, où il eſt dit, *in quartâ propinquitate carnis, quintâ ſextâque non licet nubere, ſicut in lege ſcriptum eſt ; omnis homo ad propinquam ſanguinis ſui non accedat, ut revelet turpitudinem ejus, id eſt, uſque ad ſeptimum gradum*, &c.

Les mots *uſque ad ſeptimum gradum*, & les mots *quintâ ſextâque*, nous paroiſſent pareillement avoir été ajoutés & interpolés par la raiſon que nous avons ci-deſſus dite.

C'eſt pourquoi, c'eſt à l'époque du Concile de Douzi, dans le déclin du neuvieme ſiecle, qu'il faut s'en tenir, pour l'étendue de la défenſe juſqu'au ſeptieme degré en France.

145. En Angleterre, où le ſecond Concile Romain, tenu ſous Grégoire II, avoit été reçu, puiſque le canon de ce

Digitized by Google

Concile, qui défend le mariage entre parents, se trouve dans le recueil des canons, fait par Egbert, Archevêque d'Yorck, dans le huitieme siecle, art. 135: on jugea aussi à propos de déterminer la défense illimitée, portée par ce Concile &c. de la borner au cinquieme degré inclusivement.

Les mariages n'étoient pas encore défendus en Angleterre au delà de ce degré dans le déclin du dixieme siecle.

C'est ce qui paroît par le cinquieme canon du Synode de Northumberland, où il est dit: *Prohibemus ut nemo matrimonium contrahat infrà gradum seu geniculum quartum;* il étoit donc encore permis au quatrieme? Les canons de ce Synode sont rapportés au neuvieme tome des Conciles du P. Labbe.

Mais dans le onzieme siecle, la défense des mariages entre parents y fut étendue jusqu'au sixieme degré.

C'est ce qui paroît par les loix du Roi Canut, sur la discipline ecclésiastique, publiées l'an 1032: il y est dit, cap. 7. *ne Christianâ fide tinctus, intrà sextum suæ cognationis gradum nuptias contrahat.*

Il paroît par les Décrétales d'Alexandre II, que nous avons rapportées *suprà*, n. 130, que dans ce siecle c'étoit un principe universellement reçu, que la dé-

Digitized by Google

fenſe des mariages entre parents devoit s'étendre juſqu'au ſeptieme degré, ou du moins juſqu'au ſixieme. Ceux qui la bornoient au ſixieme, ſe fondoient ſur ce que le monde & la vie des hommes ſont diviſés en ſix âges, d'où ils concluoient qu'on devoit compter ſix degrés ſeulement dans la parenté : *ſicut totius mundi ſex ætates exiſtunt, & humanæ vitæ totidem ſex, ita & ex conſanguinitate ſex tantummodò autumant computandas eſſe generationes.* Le Pape remarque que ceux qui bornoient la parenté au ſixieme degré, ne commençoient à la compter que depuis les enfants des freres ; c'eſt-à-dire, les couſins-germains qu'ils plaçoient dans le premier degré, au moyen de quoi ils donnoient la même étendue à la parenté, que ceux qui l'étendoient au ſeptieme degré, en comptant les freres pour le premier degré ; d'autres, en convenant que la défenſe des mariages entre parents devoit s'étendre au ſeptieme degré, ſoutenoient que les degrés devoient ſe compter, ſuivant l'ancienne maniere de les compter du Droit civil ; ce qui bornoit la défenſe aux parents du trois au quatre, leſquels, ſuivant la maniere de compter du Droit civil, ſont au ſeptieme degré ; cette opinion fut, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, condamnée dans les

Digitized by Google

Conciles Romains, tenus par Alexandre Second, & fut appellée l'héréſie des inceſtueux.

146. Cette diſcipline qui étendoit la défenſe des mariages entre parents, étoit ſujette à de très-grands inconvénients; elle donnoit lieu à de fréquentes demandes en caſſation de mariage, ſous prétexte de quelque parenté éloignée, que des perſonnes dégoûtées de leur mariage, découvroient ou ſuppoſoient.

Elle dura néanmoins juſqu'au treizieme ſiecle. Innocent III, dans le Concile général de Latran, tenu l'an 1215, l'abrogea, & borna la défenſe des mariages entre parents au quatrieme degré: *Non debet*, dit ce Pape, *reprehenſibile judicari, ſi ſecundùm varietatem temporum, ſtatuta quandòque varientur humana, præſertim, cùm urgens neceſſitas aut evidens utilitas id expoſcit.... prohibitio copulæ conjugalis quartum conſanguinitatis & affinitatis gradum de cætero non excedat, quoniam in ulterioribus gradibus jam non poteſt abſque gravi diſpendio generaliter obſervari.* Il ajoute une autre raiſon qui ſe reſſent fort du mauvais goût de ce ſiecle: *Quaternarius verò numerus*, dit-il, *benè congruit prohibitioni conjugii corporalis de quo dicit Apoſtolus quod vir non habet poteſtatem ſui corporis, ſed mulier; nec mulier*

Digitized by Google

habet poteſtatem ſui corporis, ſed vir, quia quatuor ſunt humores in corpore qui conſtant ex quatuor elementis.

147. Le Concile de Latran ayant fixé la défenſe des mariages entre parents juſqu'au quatrieme dégré incluſivement, on fit la queſtion de ſçavoir ſi le mariage étoit permis entre parents, dont l'un ſeroit au quatrieme & l'autre au cinquieme. Le Pape Grégoire IX a décidé cette queſtion pour l'affirmative, & il a établi pour regle que dans la ligne de parenté collatérale inégale, le dégré de parenté entre deux parents devoit être compté & fixé par le nombre des générations qu'il y avoit depuis leur ſouche commune juſqu'à celui des deux parents qui en étoit le plus éloigné. Cette déciſion ſe trouve au chap. dernier, *ext. de conſang.* où il eſt dit : *Vir qui à ſtipite quarto gradu, & mulier quæ ex alio latere diſtat quinto, ſecundùm regulam approbatam quæ dicitur, quoto gradu remotior differt à ſtirpe, & à quolibet per aliam perſonam deſcendentium ex eodem (diſtare inter ſe intelligitur) licitè poſſunt matrimonialiter copulari.*

Il n'eſt pas douteux, ſuivant ce principe, que non-ſeulement un couſin au quatre, mais un couſin au trois & même au deux, peut épouſer ſa couſine qui eſt

Digitized by Google

au cinquieme dégré : *poteſt quis ducere uxorem, proneptem conſobrini ſui.*

148. En eſt-il de même d'un oncle & d'une tante ? puis-je épouſer une fille de la deſcendance de mon frere, quoiqu'elle ſoit au cinquieme dégré de notre ſouche commune ; puis-je épouſer *abneptem fratris mei* ? Covarruvias décide l'affirmative, & il eſt ſuivi par l'Auteur des Conférences de Paris ; j'aurois de la peine à ſouſcrire à cette déciſion. Il y a une autre raiſon, que la proximité du degré qui empêche le mariage entre ces perſonnes ; cette raiſon eſt que ces perſonnes, comme le dit Juſtinien (inſt. de nupt. v. 5.) *parentum loco habentur ;* un oncle tient lieu de pere à ſes nieces, petites-nieces & à toute la poſtérité de ſes freres ; une tante tient lieu de mere à ſes neveux & à toute la poſtérité de ſes freres & ſœurs. C'eſt pourquoi, quoique Juſtinien permît le mariage entre parents dans le quatrieme degré, ſuivant la maniere de compter du Droit civil, & qu'un grand-oncle & une grande-tante fuſſent dans le quatrieme degré, & par conſéquent dans le degré permis, il ne permettoit pas néanmoins le mariage du grand-oncle avec ſa petite-niece, ni du petit-neveu avec ſa grande-tante : *quia parentum loco habentur.* Par la même raiſon, le mariage ne doit pas

Digitized by Google

être permis entre un oncle & son arrière-niece, en quelque degré éloigné que soit sa niece.

149. La décision du Concile de Latran qui a fixé au quatrieme degré inclusivement la défense de mariage entre parents, a toujours été depuis observée, & l'est encore aujourd'hui dans toute l'Eglise Latine, aussi-bien que la décision de Grégoire IX, ci-dessus rapportée, pour régler le degré de parenté entre cousins dans la ligne inégale.

Il nous reste à observer, que pour que la parenté forme un empêchement dirimant de mariage, il n'importe qu'elle soit une parenté légitime, ou qu'elle procéde d'unions illégitimes; car ce n'est que la proximité du sang qui est à cet égard considérée : *Nihil interest ex justis nuptiis cognatio descendat, an verò non; nam & vulgò quæsitam sororem quis vetatur uxorem ducere.* L. 24. ff. *de rit. nupt.*

ARTICLE II.

De l'Empêchement qui résulte de l'Affinité.

Nous expliquerons dans un premier paragraphe ce que c'est que l'affinité proprement dite; nous verrons dans un second, dans quelles lignes & dans quels

Digitized by Google

degrés l'affinité forme un empêchement de mariage, & quels ont été les différents changements de discipline à cet égard. Nous expliquerons dans un troisieme, quels étoient les genres d'affinité qui ont été abrogés par le Concile de Latran; nous traiterons dans un quatrieme, de l'espece d'affinité qui naît d'une union illicite.

§. I.

Ce que c'est qu'Affinité.

150. L'affinité proprement dite est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage, & les parents de l'autre conjoint : *necessitudo inter unum è conjugibus & alterius conjugis cognatos.*

Selon cette définition, tous les parents du mari sont les affins de sa femme, & tous les parents de la femme sont les affins du mari : pareillement j'ai pour affins les maris de mes parentes, & les femmes de mes parents.

Affines sunt (dit le Jurisconsulte Modestinus) *viri & uxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur & altera ad alterius cognationis finem accedit.* L. 4. §. 3. ff. *de grad. & affin.*

151. Quoiqu'il n'y ait pas proprement

Digitized by Google

de lignes ni de degrés dans l'affinité, les affins, ne descendant pas d'une même souche, *gradus affinitatis nulli sunt*, d. l. 4. §. 5. néanmoins, dans un sens moins propre, on y distingue aussi des lignes & des degrés.

L'affinité de l'un des conjoints par mariage, avec les parents de l'autre conjoint, est censée être dans la même ligne & au même degré qu'est leur parenté avec l'autre conjoint.

152. Le droit civil fait résulter l'affinité du mariage : *Conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptiis.* d. l. 4. §. 3. il ne distingue pas s'il a été consommé ou non.

Le Droit canonique l'a fait résulter de la consommation du mariage par le commerce charnel ; la raison est prise de la loi du Lévitique, qui défend le mariage avec la femme de notre parent, parce qu'elle est devenue une même chair avec lui : *turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est.*

Delà il suit que lorsqu'un mariage a été dissous avant la consommation, il n'y a pas proprement d'affinité entre l'un des conjoints & les parents de l'autre ; mais il y a une autre espece de relation entre ces personnes, qui par une raison d'honnêteté publique, forme entr'elles un empêchement de mariage, tel que celui de l'affinité

Digitized by Google

l'affinité, comme nous le verrons *infrà*, art. 4.

§. II.

Quelles Affinités forment un Empêchement dirimant de Mariage. Changement de discipline à cet égard.

153. L'affinité dans la ligne directe, en quelque degré qu'elle soit, est un empêchement dirimant de mariage par le droit naturel. La loi du Lévitique punit de mort le mariage ou commerce charnel entre des personnes qui se touchent d'affinité dans cette ligne: *Qui dormierit cum novercâ suâ & revelaverit ignominiam patris sui, morte moriatur.* Lévit. 20. v. 11. *Si quis dormierit cum nuru suâ, uterque moriatur.* v. 12.

154. L'affinité de la ligne collatérale étoit aussi, par la loi du Lévitique, à l'égard de certaines personnes, un empêchement de mariage. Cette loi défendoit d'épouser la femme de son frere : *Qui duxerit uxorem fratris sui, rem facit illicitam,*(a) Lévit. 20. 21. & au chapitre 18, v. 16. *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est;* c'étoit le crime dont saint Jean-Baptiste

(a) Sauf dans le cas auquel elle n'auroit laissé aucuns enfans, auquel cas le frere du défunt, non-seulement pouvoit, mais devoit l'épouser, *ad suscitandum semen fratri suo.* Deuteron. xxv. 5.

Digitized by Google

reprit Hérode, qui avoit épousé Hérodiade, veuve de son frere. Saint Jean disoit à Herode, *non licet tibi habere eam*, Math. XIV. v. 4.

La loi du Lévitique défendoit aussi le commerce charnel avec la femme de son oncle : *Qui coierit cum uxore patrui vel avunculi sui, & revelaverit ignominiam cognationis suæ, portabunt ambo iniquitatem suam.* v. 20.

La même défense se trouve au chapitre 18. v. 19. où il est dit : *Turpitudinem patrui tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus quæ tibi affinitate conjungitur.* Jansénius, sur ce texte, observe très-bien, que ce qui est dit, *nec accedes*, &c. est l'explication de ce qui précede *turpitudinem patrui tui non revelabis*, & que c'est la femme de l'oncle, qui est en cet endroit appellée, *turpitudo patrui ; quia facta est una caro cum patruo.*

155. Par les loix Romaines, l'affinité dans la ligne directe a, en tous les degrés, toujours été un empêchement dirimant de mariage. *L.* 14. *ff. de rit. nupt.*

Le mariage n'étoit point défendu par les loix Romaines, entre les personnes qui ne se touchoient d'affinité que dans la ligne collatérale, jusqu'à la loi de l'Empereur Constance, qui défendit, comme incestueux, le mariage avec la veuve de

Digitized by Google

ſon frere ou avec la ſœur de ſa défunte femme. *L. 2. cod. Th. de inceſt. nupt.*

Cette loi fut renouvellée par Valentinien & Théodoſe : *Fratris uxorem ducendi, vel duabus ſororibus conjungendi, penitus licentiam ſummovemus, nec diſſoluto quocumque modo conjugio.* L. 5. cod. de inceſt. nupt.

Honorius contrevint à la loi de ſon pere, en épouſant ſucceſſivement les deux filles de Stilicon.

156. Nous ne trouvons, ni dans le code Théodoſien, ni dans le code de Juſtinien, aucune loi qui ait défendu le mariage dans d'autres degrés d'affinité de la ligne collatérale.

L'Auteur des Conférences de Paris, qui a cru trouver dans la loi 4. *cod. Theod. de inceſt. nupt.* une défenſe de mariage entre une veuve & le couſin-germain de ſon mari, n'a pas entendu cette loi ; il y eſt dit : *Tanquam inceſtum commiſerit habeatur, qui poſt prioris conjugis amiſſionem, ſororem ejus in matrimonium proprium crediderit ſortiendam : pari ac ſimili ratione, ſi quæ poſt interitum mariti in* GERMANI *ejus nuptias crediderit aſpirandum.*

Cet auteur a cru que ces termes, *germani ejus*, ſignifioient ſon couſin-germain : c'eſt une bévue groſſiere ; le terme

Digitized by Google

germanus signifie en latin un frere, & non un cousin-germain, qui s'appelle *consobrinus;* les termes de la loi, *pari ac simili ratione*, devoient lui faire faire attention à cette signification.

157. Avant que les Empereurs eussent défendu le mariage entre un homme & la sœur de sa défunte femme, & celui d'une femme avec le frere de son défunt mari, l'Eglise tenoit ces mariages pour incestueux, comme contraires à la loi du Lévitique.

C'est ce qui paroît par le second canon du Concile de Néocésarée, tenu sous Constantin, l'an 314, qui porte: *mulier si duobus fratribus nupserit, abjiciatur usque ad mortem: verumtamen in exitu, propter misericordiam, si promiserit quod facta incolumis, hujus conjunctionis vincla dissolvat, fructum pœnitentiæ consequatur.*

Par la même raison, quoique les Empereurs n'eussent pas fait de loi pour défendre le mariage d'un neveu avec la veuve de son oncle; ce mariage étant pareillement défendu par la loi du Lévitique, l'Eglise le regardoit comme incestueux.

Le Concile *Epaunense*, tenu l'an 517, sous saint Sigismond, Roi des Bourguignons, rapporte au canon 30, entre les différentes unions incestueuses, celle du neveu avec la veuve de son oncle: *Si quis*

Digitized by Google

relictæ avunculi miſceatur aut patrui.

Le Concile de Clermont, *Arvernenſe*, tenu l'an 535, *can.* 12; le troiſieme Concile d'Orléans, tenu l'an 538, *can.* 10, portent la même choſe.

Le Concile d'Auxerre, tenu l'an 578, *can.* 32, dit auſſi, *non licet ut nepos, avunculi uxorem accipiat.*

158. Depuis, la diſcipline s'eſt établie que le mariage entre affins devoit être défendu dans tous les mêmes degrés dans leſquels il eſt défendu entre parents; la raiſon, dit-on, pour laquelle le mariage eſt défendu entre parents; c'eſt parce qu'il eſt dit dans la loi du Lévitique: *Omnis homo ad propinquam ſanguinis ſui non accedet, ut non revelet turpitudinem ejus*: or, dit-on, la raiſon milite à l'égard des affins; car la femme de mon couſin étant devenue par le mariage *una eademque caro* avec mon couſin, le mariage que je contracte avec elle après la mort de mon couſin, eſt inceſtueux, parce que par ce mariage, *revelatur turpitudo cognationis meæ.*

Pareillement, un mari devenant par le mariage *una eademque caro* avec ſa femme, le mariage qu'une couſine de ſa femme contracte avec lui, eſt inceſtueux: parce que par ce mariage cette femme *revelat turpitudinem cognationis ſuæ.*

Il n'eſt pas bien certain quand cette

Digitized by Google

discipline a commencé ; le soixante-unieme canon du Concile d'Agde n'est pas suffisant pour établir qu'elle avoit déja lieu dans le commencement du VI^e siecle, puisque, comme nous l'avons déja observé *suprà*, *n.* 138, ce canon est suspect & ne se trouve pas dans les anciens manuscrits de ce Concile.

On ne peut pas non plus prouver par les canons des Conciles tenus dans le cours du sixieme siecle, & que nous avons rapportés, que cette discipline fût déja établie dans ce siecle : ces canons déclarent incestueux le mariage du neveu avec la veuve de son oncle, celui d'un cousin avec sa cousine germaine, ou même au troisieme degré ; mais ils ne s'expliquent pas sur le mariage d'un cousin avec la veuve de son cousin. Dira-t-on qu'ils comprennent sous le terme *consobrinam*, *sobrinamve*, tant celles qui sont cousines par affinité, que celles qui le sont par parenté ? Mais il n'y a rien qui établisse cela.

Cette discipline étoit-elle déja établie au septieme siecle ? Le Concile de Paris, tenu l'an 615, avoit-il déja défendu le mariage d'un cousin avec la veuve de son cousin ? La décision de la question dépend de l'interprétation qu'on doit donner au canon quatorzieme de ce Concile ; il y

Digitized by Google

est dit : *Incestas conjunctiones ab omni christianorum populo consuimus resecari ; ita ut si quis relictam fratris, sororem uxoris, consobrinam sobrinamve, vel* RELICTAM *item patrui, vel avunculi, vel in religionis habitu deditam, conjugii consortio crediderit violandam, tamdiù à communionis gratiâ segregetur, quandiù ab illicitis conjunctionibus sequestratione manifestandâ debeat abstinere.*

L'équivoque qui se trouve dans ce canon, tombe sur ces mots, *vel relictam*, qui se trouvent après *consobrinam sobrinamve.* Dans ce canon, tel que le rapporte le Pere Labbe, *tom. 5. pag.* 1652, on lit sans virgule, *vel relictam item patrui vel avunculi ;* suivant cette leçon, ces termes, *vel relictam*, se rapportent à *patrui vel avunculi*; mais à quoi vient le mot *item* ? Au contraire, si on met une virgule après ces mots *vel relictam*, ils se rapporteront aux mots qui précédent *consobrinam sobrinamve*, & le sens sera : *si quis consobrinam sobrinamve vel relictam*, supple consobrini sobrinive, *item patrui vel avunculi*, supple relictam.

Suivant cette seconde leçon, qui me paroît la plus naturelle, le Concile avoit déclaré incestueux le mariage avec la veuve d'un cousin-germain ou issu de germain, & par conséquent le système qui

Digitized by Google

défend le mariage entre affins dans tous les mêmes degrés dans lesquels il est défendu entre parents, paroîtroit déja avoir été reçu au temps de ce Concile. Au contraire, suivant la premiere leçon, le Concile n'auroit déclaré incestueux, que le mariage du neveu avec la veuve de l'oncle; il n'auroit pas parlé de celui avec la veuve d'un cousin, & la décision n'auroit eu rien de différent de celle des Conciles du siecle précédent.

159. Le huitieme siecle nous fournit des monuments non-équivoques de la défense du mariage entre affins dans tous les mêmes degrés dans lesquels il est défendu entre parents; Grégoire Second, dans un canon du Concile Romain, tenu l'an 721, que nous avons rapporté *suprà*, n. 142. défend, d'une maniere illimitée, le mariage entre affins, de même qu'entre parents: *Si quis de propriâ cognatione* VEL QUAM COGNATUS HABUIT, *duxerit uxorem, anathema sit.*

Nous trouvons un autre monument de cette discipline dans le Concile de Compiegne, tenu sous le Roi Pepin, l'an 757, *in generali populi conventu*: ce Concile ordonne par le premier canon que nous avons rapporté *suprà*, n. 42, de séparer les parents qui se sont mariés, lorsqu'ils sont au troisieme degré, & lorsque l'un

Digitized by Google

eſt au troiſieme & l'autre au quatrieme; il ordonne enſuite la même choſe par le ſecond canon, à l'égard des affins dans les mêmes degrés : *Si duo in tertio loco ſibi pertinent, ſive vir, ſive fœmina, aut unus in tertio, alter in quarto, uno mortuo non licet accipere uxorem ejus, & ſi inventi fuerint, ſeparentur : una lex eſt de viris & de fœminis.*

Le Capitulaire de Charlemagne que nous avons rapporté *ſuprà*, n. 142, doit s'entendre conformément à la déciſion de ce Concile; en conſéquence, les termes de ce canon, *aut alterius gradûs conſobrinam*, doivent s'entendre en ce ſens : *Quomodò-cumque ſit conſobrina, ſive per propriam propinquitatem ſive per affinitatem.*

160. Depuis ce temps, les mariages entre affins ont toujours été défendus dans tous les mêmes degrés dans leſquels ceux entre parents l'étoient, & permis dans les mêmes degrés dans leſquels l'étoient ceux entre parents.

C'eſt pourquoi, lorſque la défenſe des mariages entre parents fut étendue au ſixieme & au ſeptieme degré, celle des mariages entre affins fut étendue aux mêmes degrés : les Loix eccléſiaſtiques de Canut, Roi d'Angleterre, s'en expliquent bien formellement : il eſt dit, cap. 7. *ne quis ſide chriſtianâ tinctus extrà ſextum ſuæ*

Digitized by Google

cognationis gradum nuptias contrahat, neve cui cum eo fuerat intrà sextum gradum necessitudo viduam in matrimonium ducat, neque ei quam antè habuerat uxorem aliquam consanguinitate propinquam in matrimonium ducat.

Le Concile de Latran ayant borné au quatrieme degré la défense des mariages pour cause de parenté, l'a bornée au même degré pour cause d'affinité. C'est la discipline qui est aujourd'hui observée dans l'Eglise.

§. III.

Des Genres d'Affinité abrogés par le Concile de Latran.

161. Les Canonistes, avant le troisieme Concile de Latran, distinguoient trois différents genres d'affinité; le premier, étoit l'affinité qui est entre l'un des conjoints par mariage, & les parents de l'autre conjoint; laquelle affinité est l'affinité proprement dite : *necessitudo inter unum è conjugibus & alterius conjugis cognatos*, la seule qui fut connue par les loix Romaines & dans les premiers siecles de l'Eglise, & dont nous avons parlé jusqu'à présent.

Le second genre d'affinité étoit l'affi-

Digitized by Google

rité que les Canoniſtes avoient imaginée entre l'un des conjoints par mariage, & les affins de l'autre conjoint.

Le troiſieme genre étoit celui qu'ils avoient imaginé entre l'un des conjoints par mariage, & les affins du ſecond genre de l'autre conjoint.

Ceci ſe comprendra mieux par l'exemple qu'en donne la gloſe ſur le chapitre 8 *de conſanguinitate* : la femme de mon frere tient par affinité lieu de ſœur aux autres freres & ſœurs de mon frere, & à moi ; cette affinité eſt l'affinité du premier genre, l'affinité proprement dite, *neceſſitudo inter unum è conjugibus & alterius conjugis cognatos.*

Si cette belle-ſœur, après la mort de mon frere, vient à ſe remarier, il ſe contracte une affinité entre ſon ſecond mari & moi & mes freres & ſœurs, par laquelle il nous tient lieu de beau-frere : cette affinité n'eſt pas l'affinité du premier genre ; car nous ne ſommes pas les parents de ſa femme, mais nous ſommes les affins de ſa femme, nous ſommes les beaux-freres & les belles-ſœurs de ſa femme.

Si enſuite après la mort de notre belle-ſœur, ce ſecond mari de notre belle-ſœur vient à ſe remarier, il ſe contractera un troiſieme genre d'affinité, par laquelle ſa

Digitized by Google

seconde femme nous tiendra lieu de belle-sœur, parce que nous sommes affins du second genre d'affinité avec son mari.

Ces affinités du second & du troisieme genre formoient, avant le Concile de Latran, un empêchement dirimant de mariage, de même & dans les mêmes degrés que l'affinité du premier genre; le Concile de Latran a abrogé la défense des mariages pour cause de ces deuxieme & troisieme genres d'affinité. Voyez néanmoins en l'article 5, *infrà*, ce qui est dit de l'affinité du second genre dans la ligne directe.

§. IV.

De l'Espece d'Affinité qui naît d'une union illicite.

162. Lorsque deux personnes ont commis ensemble une fornication, il naît de cette union illicite une espece d'affinité entre l'une de ces personnes & les parents de l'autre.

Elle est fondée sur une raison semblable à celle sur laquelle est fondée l'affinité proprement dite, qui naît d'un mariage consommé: ces personnes, par le commerce charnel, quoiqu'illicite, qu'elles ont ensemble, deviennent *una caro*: saint Paul le dit expressément en sa

Digitized by Google

premiere Epître aux Corinthiens, *ch. 6, v. 16. an nescitis quoniam qui adhæret meritrici, unum corpus efficitur, erunt quoque duo in carne unâ.*

Cette espece d'affinité forme entre les personnes, entre lesquelles elle a été contractée, un empêchement dirimant du mariage qu'elles contracteroient ensuite.

Le Concile de Trente a restraint cet empêchement au premier & au second degré de cette affinité; & en cela elle est différente de l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé, laquelle forme un empêchement de mariage jusqu'au quatrieme degré, inclusivement, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Comme nous nous sommes conformés sur ce point à la discipline établie par le Concile de Trente, nous rapporterons les termes du décret de ce Concile qui l'établit. Au chap. 4. de la session 24, il est dit : *Sancta Synodus graviſſimis de cauſis adducta, impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, & matrimonium poſtea factum dirimit, ad eos tantùm qui in primo & ſecundo gradu conjunguntur, reſtringit; in ulterioribus ſtatuit affinitatem, matrimonium poſteà contractum, non dirimere.*

On fait plusieurs questions sur cette espece d'affinité : 1°. si elle étoit connue

Digitized by Google

dans le Droit romain, & si elle y faisoit un empêchement de mariage : 2°. si elle formoit un empêchement de mariage dans les premiers siecles de l'Eglise : 3°. dans quels degrés cette affinité étoit un empêchement de mariage avant le Concile de Trente : 4°. si le Concile de Trente, en restraignant l'empêchement dirimant au premier & second degré de cette affinité, a permis le mariage dans les degrés suivants : 5°. si cette affinité n'est un empêchement dirimant que lorsque le commerce criminel qui l'a formée, a été connu dans le public, & quelle preuve doit être reçue de ce commerce : 6°. quel effet a l'affinité formée par un commerce illicite, que l'un des conjoints a eu pendant son mariage avec le parent ou la parente de l'autre, par rapport au mariage durant lequel elle a été contractée.

PREMIERE QUESTION.

Si l'espece d'Affinité qui naît d'une union illicite, étoit connue dans le Droit Romain ; Et si elle formoit par ce Droit un Empêchement de Mariage.

163. Le mariage d'une femme avec le pere ou le fils, avec qui elle a eu auparavant un commerce charnel illicite, est

Digitized by Google

trop contraire à l'honnêteté naturelle qui doit régner dans les mariages, pour qu'on puiſſe douter que les Romains, qui en étoient ſi religieux obſervateurs, n'aient condamné de tels mariages : nous ne trouvons pas néanmoins dans leurs loix aucun texte formel qui les condamne ; mais on peut tirer un argument de la loi 4. *cod. de nupt.* où il eſt dit : *Liberi concubinas parentum ſuorum uxores ducere non poſſunt.* Cette loi n'eſt pas à la vérité dans l'eſpece préciſe de la queſtion ; car l'union qu'un homme avoit avec une femme, que les Romains appelloient *concubine*, n'étoit pas une union illicite ; elle étoit expreſſément permiſe par les loix : *Concubinatus per leges nomen aſſumpſit ;* elle étoit un vrai mariage, *individuam vitæ conſuetudinem continens*, ſauf que ce mariage, qui n'étoit pas un mariage civil, ne donnoit pas à la femme le titre de *juſta uxor*, ni aux enfants les droits de famille, comme nous l'avons vu *ſuprà*, n. 7. mais quoique cette loi ne ſoit pas préciſe pour notre eſpece, voici l'argument qu'on en peut tirer. La défenſe qui eſt faite par cette loi, du mariage entre les enfants & la concubine de leur défunt pere, n'eſt pas faite pour *cauſe d'affinité* ; car, comme nous l'avons vu ci-deſſus, il n'y avoit que le mariage civil

qui produisît l'affinité entre l'un des époux & les parents de l'autre, *affinitatis causa fit ex nuptiis.* L. 4. ff. *de grad. & affin.* L'union qu'il y avoit eu entre cet homme & la femme qu'il avoit à titre de concubine, quoique permise par les loix, n'étant pas un mariage civil, *justæ nuptiæ*, & n'ayant pu par conséquent produire d'affinité entre cette femme & les enfants que cet homme avoit eu d'un précédent mariage; la défense du mariage ne peut avoir d'autre cause, que la raison d'honnêteté qui résulte du commerce charnel qu'il y a eu entre le pere de ces enfants & de cette femme: donc, suivant cette loi, le commerce charnel qui intervient entre un homme, est seul suffisant par lui-même pour produire un empêchement de mariage entre l'une des parties & les enfants de l'autre; & s'il produit cet empêchement, en tant qu'il est commerce charnel, il n'importe qu'il ait été licite ou illicite

Digitized by Google

QUESTION II.

Si dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, l'eſpece d'Affinité qui naît d'une union illicite, formoit un Empêchement de Mariage.

164. On a coutume de tirer argument pour cela du dernier canon du Concile d'Ancire, tenu l'an 304, où il eſt dit : *ſponſam quidam habens, ſororem ejus violavit & gravidam reddidit, poſtmodùm deſponſatam ſibi duxit uxorem, illa vero quæ corrupta eſt laqueo ſe peremit : hi qui fuerunt conſcii, poſt decennem ſatisfactionem juſſi ſunt ſuſcipi, ſecundùm gradus pœnitentiæ conſtitutos.* Le mariage que l'homme, dont il eſt parlé par ce canon, avoit contracté avec ſa fiancée, après avoir violé la ſœur de ſa fiancée, eſt rapporté parmi les crimes pour leſquels la pénitence de dix ans avoit été impoſée à tous ceux qui y avoient eu part ; & ce mariage ne pouvoit être regardé comme criminel, que par rapport à l'eſpece d'affinité que le commerce illicite, qu'il avoit eu auparavant avec la ſœur de ſa fiancée, lui avoit fait contracter avec ſa fiancée ; donc au temps de ce Concile, le commerce charnel illicite que deux per-

Digitized by Google

sonnes avoient ensemble, formoit entre l'une de ces personnes & les pere, mere, freres & sœurs de l'autre, une espece d'affinité & un empêchement de mariage.

QUESTION III.

Si avant le Concile de Trente, l'espece d'Affinité qui naît d'un commerce charnel illicite, formoit un Empêchement de Mariage, dans tous les mêmes degrés que l'Affinité proprement dite qui naît du Mariage consommé.

165. Le Concile de Trente, en déclarant qu'il restraint cette espece d'affinité au premier & au second degré : *Sancta Synodus impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur.... ad eos tantùm qui in priori & secundo gradu conjunguntur,* RESTRINGIT, fait assez clairement entendre que cette espece d'affinité formoit auparavant un empêchement dans les degrés ultérieurs ; c'est-à-dire, dans les mêmes degrés que l'affinité proprement dite, d'autant plus que le Concile de Latran n'avoit établi aucune distinction entre l'affinité légitime & cette espece d'affinité.

La Décrétale d'Alexandre III, qui est au ch. 2. tit. *De eo qui cogn. consang. uxo-*

Digitized by Google

vis, de la premiere collection, & celle d'Urbain III, qui eſt au chap. dernier *de divort.* de la même collection, n'établiſſent pas le contraire: ces Papes décident ſeulement que cette eſpece d'affinité, lorſqu'elle paſſe le ſecond degré, ne rompt pas le mariage durant lequel elle eſt contractée, & n'en interdit pas l'uſage; mais ils ne diſent pas que cette eſpece d'affinité dans ces degrés, ne forme pas un empêchement à un mariage que les perſonnes qui l'ont contractée voudroient depuis contracter enſemble.

On doit faire la même réponſe à ce que dit le Pape Innocent III à la fin du Chapitre VI. *Ext. de eo qui cogn. conſang. uxor.* que quelques-uns de ſes prédéceſſeurs avoient diſtingué entre les degrés proches & les degrés éloignés; car ce Chapitre étant dans l'eſpece d'une affinité qu'une femme avoit contractée avec ſon mari par un commerce illicite qu'elle avoit eu malgré elle durant ſon mariage avec un parent de ſon mari, la diſtinction que quelques prédéceſſeurs d'Innocent III avoient faite entre les degrés proches & les degrés éloignés, ne concernoit que l'effet que devoit avoir l'affinité qui naît du commerce illicite par rapport au mariage, durant lequel elle avoit été contractée, & non celui qu'elle

Digitized by Google

a par rapport à un mariage, que les personnes qui l'ont contractée voudroient depuis contracter ensemble.

Il y a plus. Lorsque l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé, formoit un empêchement de mariage jusqu'au septieme degré, il y a lieu de croire que l'affinité qui naît d'un commerce illicite, en formoit pareillement un dans tous les mêmes degrés; c'est ce qui paroît par le Chapitre XXVI de la neuvieme Partie du Décret d'Yves de Chartres, où il est dit: *Progeniem suam unumquemque usque ad septimam observare decrevimus generationem, & quamdiù se agnoscant affinitate propinquos, nec eam quam aliquis ex propriâ consanguinitate conjugem habuit, vel aliquâ illicitâ pollutione maculavit, in conjugio ducere ulli Christianorum licet.* Il est défendu à tout Chrétien par ce canon d'épouser sa parente, ou celle qui a été la femme de quelqu'un de ses parents, ou avec qui quelqu'un de ses parents a eu commerce illicite; & la défense est faite jusqu'au 7^e^ degré. Quoique les Sçavants aient reconnu que la prétendue lettre de saint Grégoire à Félix de Messine, d'où Yves de Chartres a tiré ce canon, soit une piece supposée, & vraisemblablement fabriquée par Isidore Mercator dans la

Digitized by Google

collection de qui Yves de Chartres l'avoit trouvée ; elle sert, toute fausse qu'elle est, à prouver qu'au temps d'Isidore Mercator, & au temps d'Yves de Chartres, c'étoit la discipline de l'Eglise.

Ce canon se trouve aussi au Décret de Gratien, partagé en deux, *cauſ.* 35. *q.* 2. *can.* 10. *& can.* 16.

QUESTION IV.

Si depuis le Concile de Trente, qui a restraint au premier & au quatrieme degré de l'Affinité qui naît du commerce illicite, l'Empêchement de mariage, on peut licitement contracter mariage dans le troisieme & quatrieme degré de cette Affinité.

166. Quelques Théologiens avoient trouvé de la difficulté sur cette question : ils pensoient qu'on pouvoit dire que, le Concile n'ayant pas permis expressément le mariage dans le troisieme & quatrieme degré de cette affinité, dans lesquels il étoit défendu auparavant, & ayant seulement dit qu'ils ne formeroient plus à l'avenir un empêchement dirimant, les mariages dans ces degrés continuoient d'être défendus, & n'étoient pas licitement contractés, quoiqu'ils le fussent valablement.

Digitized by Google

Pie V, consulté sur cette question, a décidé par sa Bulle *ad Romanum Pontificem* de 1566, qui se trouve dans le Bullaire, que le mariage pouvoit être licitement contracté dans ces degrés; sa décision paroît conforme à l'esprit du Concile de Trente.

Lorsque le Concile a retranché trois degrés dans les empêchements de parenté & d'affinité, on n'a pas douté que la parenté ou l'affinité dans les degrés retranchés, n'ait cessé d'être un empêchement prohibitif, aussi-bien qu'empêchement dirimant. Par la même raison, on ne doit pas douter que cette espece d'affinité qui naît d'un commerce illicite, ne doit former aucun empêchement ni dirimant ni simplement prohibitif dans les degrés que le Concile de Trente a retranchés.

On peut faire la même question à l'égard des degrés retranchés par ce Concile dans les empêchements d'honnêteté publique de fiançailles, & d'alliance spirituelle; & on la doit décider de même.

Digitized by Google

QUESTION V.

Si l'Affinité formée par un commerce charnel illicite entre une des personnes qui ont eu ce commerce, & les Parents de l'autre, fait un empêchement dirimant de Mariage dans les degrés prohibés, lorsque ce commerce a été tenu secret; & quelles preuves doit-on recevoir de ce commerce.

167. L'Affinité qui naît du commerce illicite n'est un empêchement dirimant de mariage, que lorsque ce commerce est connu, & a éclaté dans le public; c'est pourquoi, si après avoir eu un commerce charnel illicite avec une femme, qui a été tenu secret, la fille ou la sœur de cette femme contracte depuis de bonne foi mariage avec moi, je peche griévement en le contractant; mais ce mariage ne doit pas être annullé. C'est la décision du Pape Alexandre III au Chap. IV du titre, *de eo qui cognovit consang.* de la premiere collection, dont voici les termes: *De illo qui mulierem quamdam cognovit, & filiam ejusdem sibi* ROSTEA *in matrimonium copulavit, cui jam per decennium cohabitavit, tuæ prudentiæ respondemus, quod si delictum ejus, sicut nobis significasti, occultum exiſtit, pœnitentia*

Digitized by Google

sibi condigna debet imponi, nec est ab uxore quæ tanti sceleris inscia est, separandus; si autem id publicum & notorium esse dignoscitur, ab uxore separari debet, & perpetuò sine spe conjugii permanere.

Delà, il suit que dans les demandes en cassation de mariage pour cause de cette espece d'affinité qui naît d'un commerce illicite, les Juges peuvent bien admettre la preuve de ce commerce, lorsqu'il a été public & connu, comme dans l'espece de l'Arrêt, du 20 Août 1664, qui cassa un mariage sur la preuve qui fut faite, que le mari avant ce mariage avoit entretenu publiquement la fille de sa femme. Mais, lorsque le commerce criminel a été secret, & n'a pas éclaté dans le public, les Juges n'en doivent point permettre la preuve, ni encore moins permettre d'obtenir des Monitoires pour en acquérir la connoissance.

Observez aussi, que pour prouver suffisamment qu'un homme a, auparavant son mariage, entretenu publiquement un commerce criminel avec une parente de sa femme, il ne suffit pas d'établir que c'étoit le bruit du quartier, si d'autres preuves ne concourent : *Rumor viciniæ* (dit sur cette question le Pape Alexandre III) *non est momenti usque adeò validi judicandus, quòd, nisi rationabiles & fide dignæ*

Digitized by Google

dignæ probationes accedant, poſſit benè conſtitutum matrimonium irritari. Cap. 4, ext. de eo qui cognovit conſ.

QUESTION VI.

Quel effet a l'Affinité formée par un commerce charnel illicite que l'un des Conjoints a eu pendant ſon Mariage avec la Parente de l'autre, par rapport au Mariage durant lequel elle a été contractée.

168. Le Concile de Trente ne regarde l'eſpece d'affinité qui naît d'un commerce illicite, comme un empêchement dirimant du mariage, qu'à l'égard ſeulement de celui que les parties qui l'ont contractée, voudroient contracter enſemble par la ſuite : c'eſt ce qui paroît par ces termes : *Sancta Synodus..... impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, & matrimonium poſteà factum dirimit*, &c. Il n'eſt donc pas douteux que, ſuivant le Concile de Trente, cette eſpece d'affinité ne rompt pas le mariage, durant lequel elle eſt contractée.

Dès avant le Concile de Trente, le Pape Innocent III avoit décidé que l'affinité contractée durant le mariage par un commerce criminel que l'un des con-

Digitized by Google

joints avoit eu avec le parent ou la parente de l'autre conjoint, ne rompoit pas le mariage durant lequel elle étoit contractée ; la partie innocente qui n'avoit point eu de part au commerce criminel qui a formé cette affinité, ne devant pas, sans son fait, être privée des droits que lui avoit donnés son mariage ; & le Pape ne veut pas qu'on distingue, comme avoient fait quelques-uns de ses prédécesseurs, si le commerce illicite avoit été public ou caché, ou si l'affinité étoit dans les degrés les plus proches, ou dans des degrés plus éloignés : *Nec affinitas*, dit-il, *quæ post contractum legitimè matrimonium inter virum & uxorem iniquè contrahitur, ei debet officere quæ hujusmodi iniquitatis particeps non existit ; cum jure suo non debeat sine culpâ suâ privari ; quamquàm à quodam prædecessore nostro dicatur in simili casu fuisse distinctum, utrum incestus vel adulterium manifestum fuerit, an occultum, aliis asserentibus inter gradum proximum & remotum esse potiùs distinguendum.* Cap. 6. ext. de eo qui cogn. consang.

169. Quoique l'affinité qui est formée par un commerce illicite qu'a eu l'un des conjoints avec le parent ou la parente de l'autre, ne rompe pas le mariage durant lequel elle est formée, on doit néanmoins exhorter les conjoints, entre

Digitized by Google

lesquels cette affinité est contractée, à vivre dans la continence & à s'abstenir de l'usage du mariage ; mais si la partie innocente déclare qu'il lui est trop difficile de garder la continence, on doit lui permettre d'exiger de l'autre partie le devoir conjugal. C'est ce que décide le Pape Innocent III : *Tuæ fraternitatis devotio postulavit utrum is qui cum sorore legitimæ conjugis fornicatur, cum uxore possit postmodum commorari ? & exigere debitum ac solvere requisitus ? Respondemus quod uxor à commixtione viri abstineat propter publicam honestatem, & in continentiâ maneat, donec vir viam universæ carnis ingressus fuerit, diligentiùs est monenda : quod si fortè commonitioni parere recusans talis fuerit ut de lapsu timeatur ipsius, vir ejus poterit & debebit cum Dei timore debitum ei solvere conjugale, cùm affinitas post matrimonium iniquè contracta, illi nocere non debeat quæ iniquitatis particeps non exstitit.* Cap. 10. ext. d. tit.

Grégoire IX décide la même chose, *cap. fin. ext. d. tit.*

Observez que les Papes, en décidant que la partie innocente peut, nonobstant l'affinité survenue, exiger le devoir conjugal, parce qu'elle ne peut sans son fait être privée de son droit, décident

Digitized by Google

tacitement que le devoir conjugal peut bien être rendu, mais qu'il ne peut être exigé par la partie coupable, qui a fait contracter l'affinité par le commerce illicite qu'elle a eu avec le parent ou la parente de l'autre partie.

Observez aussi que ce qui est décidé par le Pape Luce II ou III au Chapitre XVII, *de Sponsal. &c.* de la même collection, que l'homme qui a eu durant son mariage un commerce charnel avec la mere de sa femme, ne doit plus cohabiter avec elle, doit s'entendre en ce sens seulement, qu'il ne peut exiger de sa femme le devoir conjugal; qu'il doit même, autant qu'il est en lui, l'engager à ne pas l'exiger; mais le Pape ne décide pas qu'il ne puisse, & même qu'il ne doive le rendre, si la femme l'exige absolument.

170. Le Concile de Trente ayant depuis en termes formels restraint l'empêchement d'affinité formée par un commerce illicite aux mariages que contracteroient par la suite les personnes qui ont contracté cette affinité, on peut dire qu'il a entiérement aboli cet empêchement par rapport au mariage durant lequel le commerce charnel illicite seroit intervenu; & qu'en conséquence, tant la partie qui a eu le commerce, que la partie

Digitized by Google

innocente, peuvent réciproquement exiger l'une de l'autre le devoir conjugal: c'eſt le ſentiment de M. Gibert en ſa Tradition ſur le Mariage, *T. II. pag.* 392.

ARTICLE III.

De l'Empêchement dirimant qui réſultoit de la Parenté purement civile.

171. La parenté purement civile eſt celle qui étoit formée par l'adoption entre la perſonne adoptée & ſon pere adoptif, & tous les parents du nom & de la famille de ſon pere adoptif.

Cette parenté formoit le même empêchement que la parenté naturelle. Cet empêchement ſubſiſtoit dans la ligne directe, même après que la parenté civile avoit été diſſoute par l'émancipation; mais dans la ligne collatérale, l'empêchement, qu'avoit formé la parenté civile, ne duroit que tant que cette parenté duroit; c'eſt pourquoi je n'aurois pas pu, à la vérité, épouſer la fille de mon pere adoptif, dont j'étois devenu par l'adoption le frere, tant que nous étions l'un & l'autre dans la famille; mais ſi elle ou moi en étions ſortis par l'émancipation, la parenté civile étant en ce cas diſſoute,

Digitized by Google

je pouvois l'épouser. §. 1. & 2. *Instit. de nupt.*

172. Il n'y avoit qu'une adoption véritable & solemnelle qui formât cette parenté civile & l'empêchement de mariage qui en résulte. Si par affection j'avois élevé chez moi dès l'enfance une fille, de même que si elle eût été ma propre fille, elle n'étoit pas censée pour cela être ma fille adoptive; & il m'étoit permis de l'épouser.

C'est ce qui est décidé par Justinien en la loi 26. *cod. de nupt.* La chose avoit néanmoins souffert long-temps de la difficulté, comme nous l'apprenons des termes de cette loi : *Nos vetustam ambiguitatem decidentes*, &c. Les plus légeres ressemblances aux qualités de pere & de fille qui se trouvent dans des personnes, paroissoient, à la délicatesse des Romains, devoir être des empêchements de mariage.

L'adoption n'étant plus depuis long-temps en usage parmi nous, il n'y a plus lieu à l'empêchement qui en résultoit.

Digitized by Google

ARTICLE IV.

De l'Empêchement dirimant qui réſulte de l'Alliance ſpirituelle.

Nous verrons dans un premier paragraphe quelles ſont les trois eſpeces d'alliance ſpirituelle, dont les deux premieres ont formé & forment encore aujourd'hui un empêchement dirimant de mariage, & dont la troiſieme en a longtemps formé un avant le Concile de Trente. Nous verrons dans un ſecond paragraphe quelle a été dans les différents ſiecles, avant le Concile de Trente, la diſcipline de l'Egliſe Latine ſur ces différentes eſpeces d'alliance ſpirituelle. Dans un troiſieme, quelle eſt celle du Concile de Trente que nous ſuivons aujourd'hui. Enfin, dans un quatrieme paragraphe nous rapporterons quelques eſpeces particulieres, à l'égard deſquelles on avoit mis en queſtion, ſi elles formoient une alliance ſpirituelle, & un empêchement de mariage.

Digitized by Google

§. I.

Quelles sont les différentes Especes d'Alliance spirituelle ; Et avec quelles personnes elles sont contractées.

173. La premiere espece d'alliance spirituelle est celle que le Sacrement de Baptême forme entre la personne baptisée, d'une part ; & celle qui lui a conféré le Baptême, les parrains ou marraines, qui l'ont tenue sur les Fonts-de-Baptême lorsque le Sacrement lui a été conféré, d'autre part.

Cette alliance spirituelle forme entre ces personnes un empêchement dirimant de mariage ; c'est pourquoi une Sage-femme, ou une autre personne, qui dans un cas de nécessité auroit baptisé un enfant, & pareillement un parrain ou une marraine, ne peuvent valablement contracter mariage avec la personne baptisée, à qui ils tiennent lieu de pere ou de mere spirituels.

174. Pour que les parrains ou marraines contractent cette alliance spirituelle, & pour former l'empêchement dirimant de mariage qui en résulte, il n'importe qu'ils aient tenu par eux-mêmes la personne baptisée sur les Fonts-bap-

Digitized by Google

tiſmaux, ou qu'ils l'aient tenue par procureur; car nous ſommes cenſés faire nous-mêmes ce que nos procureurs font en notre nom: *Qui mandat, ipſe feciſſe videtur*, L. 10. ff. mand.

Au contraire, les procureurs des parrains & marraines qui ont en leur qualité de procureurs, tenu ſur les Fonts la perſonne baptiſée, ne contractent avec elle aucune alliance ſpirituelle; car ce ne ſont pas ces procureurs qui ſont les parrains & marraines, ce ſont les perſonnes au nom deſquelles ils ont tenu la perſonne baptiſée, auxquelles ils n'ont fait que prêter leur miniſtere & leur bras.

Eſt-il néceſſaire pour que le parrain & la marraine contractent cette alliance ſpirituelle avec l'enfant baptiſé, qu'ils aient la volonté de la contracter avec lui? L'Auteur des Conférences de Paris décide pour l'affirmative, & qu'en conſéquence celui qui tient ſur les fonts un enfant, qui eſt d'un autre que celui dont il le croit l'enfant, ne contracte avec cet enfant aucune alliance ſpirituelle, parce que ce n'eſt pas avec lui qu'il vouloit la contracter. Cet Auteur convient néanmoins que pluſieurs Canoniſtes ſont d'un avis contraire. Je ſe-

Digitized by Google

rois aussi de l'avis de ces derniers ; c'est au Baptême par lui-même à qui on donne l'effet de former cette alliance spirituelle indépendamment du consentement des personnes entre lesquelles il la forme : l'enfant qui la contracte est incapable de consentement, & on ne peut pas dire de la plupart des parrains & marraines, qu'ils ont eu la volonté de contracter cette alliance spirituelle, dont ils n'ont pas seulement la moindre idée par défaut d'instruction.

175. La seconde espece d'alliance spirituelle que forme le Baptême, est celle que contractent la personne qui a conféré le Sacrement, le parrain & la marraine, avec le pere & la mere de la personne baptisée.

Cette espece d'alliance spirituelle est celle à laquelle on donne le nom de COMPERAGE ; elle forme pareillement entre ces personnes un empêchement dirimant de mariage : le parrain, de même que celui qui a baptisé, ne peut valablement contracter mariage avec la mere de la personne baptisée, qui est leur commere, & dont ils sont les comperes ; & pareillement la marraine, de même que la femme qui a baptisé l'enfant, ne peuvent valablement contrac-

Digitized by Google

ter mariage avec le pere de l'enfant, qui eſt leur compere & dont elles ſont les commeres.

176. La troiſieme eſpece d'alliance ſpirituelle que formoit autrefois le Baptême, étoit celle que la perſonne baptiſée contractoit avec les enfants de ſon parrain & de ſa marraine, qui lui tenoient lieu de freres & de ſœurs ; elle a formé autrefois un empêchement de mariage entre ces perſonnes, qui a été abrogé par le Concile de Trente.

177. On avoit auſſi douté autrefois ſi le parrain & la marraine contractoient une alliance ſpirituelle qui les empêchât de contracter mariage enſemble ; le Concile de Trente a décidé qu'ils pouvoient valablement & licitement ſe marier enſemble.

178. Le Sacrement de Confirmation formoit les mêmes alliances ſpirituelles que le Baptême, lorſqu'on ſe faiſoit préſenter à ce Sacrement par des parrains & marraines ; il n'eſt plus d'uſage aujourd'hui d'y faire intervenir des parrains & marraines.

Digitized by Google

§. II.

Quelle a été la Discipline de l'Eglise dans les différents siecles sur l'Empêchement dirimant de Mariage que forme l'Alliance spirituelle.

179. Nous n'avons pas avant le sixieme siecle, de témoignages authentiques qui fassent mention de l'alliance spirituelle : les canons attribués au Concile de Nicée, les lettres décrétales des Papes des premiers siecles, sont des pieces ou supposées, ou pour le moins très-suspectes de suppositon.

Le plus ancien témoignage que nous ayons, est du sixieme siecle ; il se trouve dans la loi 26. cod. *de nupt.* Justinien, après avoir décidé par cette loi qu'un homme qui avoit élevé une fille chez lui dès l'enfance, comme sa propre fille, pouvoit l'épouser (ce qui faisoit le principal objet de la question de la loi) ajoute, bien entendu, pourvu que ce ne soit pas sa filleule : *eâ videlicet personâ omnimodò ad nuptias venire prohibendâ, quam aliquis sive alumna sit, sive non, à sacro baptismate susceptit, cùm nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem & justam nuptiarum prohibitionem, quàm hujusmodi*

Digitized by Google

nexus per quem, mediante Deo, animæ eorum copulatæ sunt.

Il y a lieu de croire que le grand respect que les premiers Chrétiens avoient pour leurs peres spirituels, les faisoient abstenir de ces mariages, sans qu'il y eût ni canon ni loi qui les défendît; ne paroissant pas qu'il y ait eu avant cette loi de Justinien, aucune loi des Empereurs, ni aucun canon de Concile qui aient défendu formellement ces mariages: on peut attribuer à cette loi de Justinien, l'établissement de cette espece d'empêchement dirimant de mariage.

180. Dans le septieme siecle, nous avons pour l'Eglise Grecque un monument de la seconde espece d'alliance spirituelle que les parrains & marraines contractent avec les peres & meres de leurs filleuls ou filleules, & de l'empêchement de mariage qu'elle forme entre ces personnes; c'est le cinquante-troisieme canon du Concile appellé *in Trullo* ou *Concilium Quini-Sextum*, sous l'Empereur Justinien II, dans la salle du dôme du Palais Impérial, dans le déclin du septieme siecle. Il y est dit: *quoniam spiritualis affinitas corporum conjunctione major est, in nonnullis autem locis cognovimus quosdam qui ex sancto baptismate infantes suscipiunt, postea quoque cum ma-*

Digitized by Google

tribus illorum viduis matrimonium contrahere, statuimus, ut in posterum nihil fiat ejusmodi; si qui autem post præsentem canonem, facere deprehensi fuerint, ii quidem primo ab illicito ejusmodi matrimonio desistant, deinde & fornicatorum pœnis subjiciantur. Nous avons vu ailleurs que ce Concile n'avoit pas été reçu dans l'Eglise Latine.

181. S'il en falloit croire Ciaconius qui a écrit dans le seizieme siecle les vies des Papes, nous aurions aussi dans le septieme siecle un monument de la troisieme espece d'alliance spirituelle que la personne baptisée contractoit avec les enfants de son parrain & de sa marraine; car cet Auteur dans la vie de Deusdedit, qui a commencé à occuper le Siege de Rome en 624, dit que ce Pape avoit fait un décret qui défendoit le mariage entre ces personnes; mais ce décret ne se trouve nulle part.

182. Le huitieme siecle nous fournit plusieurs témoignages de la défense des mariages pour la seconde espece d'affinité spirituelle.

Le premier Concile Romain, tenu sous le Pape Grégoire II en 721, canon 4, prononce anathême contre celui qui épouseroit sa commere spirituelle: *si quis commatrem spiritalem duxerit in conju-*

Digitized by Google

gium, anathema sit, & responderunt omnes tertio, anathema sit.

Une femme est ma commere spirituelle lorsqu'elle a été la marraine de quelqu'un de mes enfants, ou lorsque j'ai été le parrain de quelqu'un des siens.

Le Concile Romain, tenu sous le Pape Zacharie, l'an 743, prononce le même anatheme. C'est au canon cinquieme où il est dit : *ut Presbiteram*, (*) *Diaconam*, *Nonnam*, (**) *aut Monacham, vel etiam spiritalem commatrem, nullus sibi præsumat nefario conjugio copulare ; qui ejusmodi opus perpetraverit, sciat se anathematis vinculo esse obligatum, &c.*

La lettre décrétale du Pape Zacharie, qui est adressée à Pepin, Maire du Palais & aux Evêques de France, & qui est la septieme dans le sixieme volume des Conciles du P. Labbe, nous fournit aussi un témoignage de l'empêchement de mariage qui résulte de la premiere & de la seconde espece d'alliance spirituelle ; ça-

(*) Selon une note du P. Syrmond, on appelloit *Presbytera* la femme d'un homme, qui, d'un commun accord avec elle, s'étoit séparé d'elle pour être promu à la Prêtrise, pendant qu'elle, de son côté, avoit fait vœu de continence. *Voyez* Ducange.

(**) C'étoit un nom d'honneur qu'on donnoit aux Religieuses qui étoient les anciennes du Monastere. *Ducange.*

Digitized by Google

voir, de celle qu'un parrain contracte avec sa filleule, & de celle qu'il contracte avec sa commere, c'est-à-dire, la mere de sa filleule : il regarde sur-tout le mariage du parrain avec sa filleule, comme si horrible, qu'il n'en a pas été parlé ni dans aucune loi ni dans aucun canon, parce qu'on ne pensoit pas qu'il pût arriver : voici les termes de sa lettre, art. 22 : *Sed nec spiritualem, id est, commatrem aut filiam* (quod absit) *quis ducat temerario ausu uxorem, est namque nefas.... in tantum grave est, ut nullus sanctorum Patrum, neque sanctarum Synodorum assertione, vel etiam in imperialibus legibus quispiam judicatus sit.*

Zacharie ignoroit la loi de Justinien qui en parle ; comme on se servoit dans l'Occident du code Théodosien, les loix de Justinien y étoient ignorées.

183. Nous trouvons encore dans ce siecle un monument qui nous apprend que cette alliance spirituelle & l'empêchement de mariage qui en résulte, se contractoit par le Sacrement de Confirmation, aussi-bien que par celui du Baptême.

C'est dans une réponse faite l'an 754, par le Pape Etienne II à des Evêques de France qui l'avoient consulté sur plusieurs points, & qui est rapportée au sixieme

Digitized by Google

tome des Conciles du Pere Labbe; il y eſt dit, art. 4 : *ut nullus habeat commatrem ſuam ſpiritalem, tam fonte ſacro, quàm de confirmatione, neque ſibi clàm in neutrâ parte conjugio ſociatam; quod ſi conjuncti fuerint, ſeparentur.*

184. Les Conciles tenus en France dans ce ſiecle, contiennent la même diſcipline ſur l'empêchement de mariage qui réſulte de la premiere & de la ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle que forment les Sacrements de Baptême ou de Confirmation. Le Concile de Metz, tenu l'an 753, ſous le Roi Pepin, canon premier, met au nombre des unions inceſtueuſes l'union charnelle d'un homme avec ſa commere ſpirituelle ou avec ſa marraine qui l'a preſenté au Baptême ou à la Confirmation : *Si quis homo inceſtum commiſerit, de Deo ſacratâ, aut commatre ſuâ, aut cum matrinâ ſpiritali de fonte aut confirmatione Epiſcopi, &c.*

Le Concile de Compiegne *Compendienſe* tenu ſous le même Roi Pepin, *in generali populi conventu*, l'an 757, regarde l'alliance ſpirituelle qu'un homme contracte avec la mere de la perſonne dont il eſt le parrain, ſi conſidérable, qu'il décide que ſi un homme a préſenté au Sacrement de Confirmation le fils ou la fille que ſa femme avoit d'un précédent

Digitized by Google

mariage, il ne peut plus cohabiter avec sa femme qui est devenue sa commere spirituelle ; c'est ce qui est porté au canon 12 : *Si quis filiastrum* (*) *aut filiastram ante Episcopum ad confirmationem tenuerit, separetur ab uxore suâ, & alteram non accipiat.*

185. Les loix de Luitpran, Roi des Lombards, qui sont aussi du huitieme siecle, font pareillement de la premiere & de la seconde espece d'alliance spirituelle, des empêchements de mariage : *Præcipimus ut nullus præsumat suam commatrem ducere uxorem, sed nec filiam quam de sacro fonte levaverit.*

186. Cette discipline fut aussi observée en Angleterre : cela paroît par le recueil de canons fait par Egbert, Archevêque de Cantorberi, sur la fin du huitieme siecle, dans lequel, art. 129, se trouve le canon du Concile Romain, tenu sous Grégoire II, que nous avons rapporté ci-dessus.

187. S. Boniface, Archevêque de Mayence dans le huitieme siecle, dans une de ses lettres à Nothelme, Archevêque de Cantorberi, dit qu'il a permis à un parrain d'épouser sa commere spi-

(*) *Filiaster*, *Filiastra*, dans la basse latinité ont le même sens que *Privignus* & *Privigna*. Ducange.

Digitized by Google

rituelle, c'eſt-à-dire, la mere de ſon filleul ; qu'il ne ſçait pas ſi en cela il a péché par ignorance, parce qu'il a appris que les Romains regardoient ces mariages comme un grand péché ; qu'il le prie de l'informer s'il trouve quelque choſe dans les anciens canons ou dans les livres ſaints qui doive faire regarder ces mariages comme un péché ; qu'il a de la peine à comprendre pourquoi l'alliance ſpirituelle ſeroit un empêchement de mariage, puiſque l'alliance ſpirituelle que tous les enfants de l'Egliſe contractent par le Baptême de Jeſus-Chriſt, par laquelle ils ſont tous freres & ſœurs, ne les empêche pas de ſe marier enſemble : *Quod Romani*, dit-il, *peccatum cenſent, ita ut in talibus divortia facere præcipiant.* C'eſt pourquoi, ajoute-t-il, *ſi hoc in catholicorum Patrum decretis vel canonibus, vel etiam in ſacro eloquio, pro tam magno peccato computatum eſſe inveneritis, indicare mihi curetis, ut & ego intelligendo cognoſcam cujus autoritas ſit in illo judicio, quia nullatenùs intelligere poſſum quare ſpiritualis propinquitas in conjunctione carnali copulata grande peccatum ſit, quando omnes in ſacro baptiſmate Chriſti, & Eccleſiæ filii & filiæ, fratres & ſorores eſſe comprobemur.*

Il écrit ſur le même ſujet à un autre

Digitized by Google

Evêque d'Angleterre (Pethelme) : *De unâ quoque re*, lui dit-il, *vestrum consilium & responsum desideramus ; affirmant sacerdotes per totam Franciam, & per Gallias maximi criminis reum esse hominem qui in matrimonium acceperit illam viduam cujus ante filium in baptismo suscipiebat, quod peccati genus, si verum est, hactenus ignorabam ; & nec in antiquis canonibus, nec in decretis Pontificum patres, nec in calculo peccatorum apostolos, usquam enumerasse cognovi.*

Ces deux lettres, aussi-bien qu'une troisieme écrite à l'Abbé Dudon, où il dit encore quelque chose sur le même sujet, sont rapportées par Baronius, tome 9e. sur l'année 734.

188. A l'égard de la troisieme espece d'alliance spirituelle qu'on prétend se contracter entre la personne baptisée & les enfants de ses parrains & marraines, c'est dans le huitieme siecle qu'on a commencé à voir mettre en question si elle forme un empêchement de mariage.

Théodore, Evêque de Pavie, consulta sur cette question le Pape Zacharie, à l'occasion d'un mariage qu'un homme dans son Diocèse avoit contracté avec la filleule de son pere ; le Pape lui répond : *Eum qui impiissimo sese miscuit matrimonio, studeas separare, & pœnitentiæ dignæ*

Digitized by Google

ſubjicere. Cette réponſe eſt dans la dix-huitieme lettre de ce Pape dans le ſixieme tome du P. Labbe.

Le Roi Luitpran fit auſſi de cette troiſieme eſpece d'alliance ſpirituelle, un empêchement dirimant de mariage; il eſt dit en la loi 5, ci-deſſus citée : *Neque filius ejus præſumat filiam illius uxorem ducere, qui eum de fonte ſuſcepit, quia ſpirituales germani eſſe noſcuntur.*

189. Il paroît que dans le neuvieme ſiecle, les ſucceſſeurs de S. Boniface s'étoient conformés à la diſcipline des autres Egliſes d'Occident ſur l'empêchement de mariage qui réſulte de la premiere & de la ſeconde eſpece d'alliance ſpirituelle; car par le cinquante-cinquieme canon du Concile de Mayence, tenu l'an 813, par ordre de Charlemagne, & où étoit Ricolphe, Archevêque de Mayence, il eſt dit : *Nullus proprium filium vel filiam de fonte baptiſmatis* (*) *ſuſcipiat; nec filiolam nec commatrem ducat uxorem, nec illam cujus filium aut filiam ad confirmationem duxerit, ubi autem fuerit, ſeparentur.*

Ce canon eſt tranſcrit de mot à mot dans les Capitulaires de Charlemagne &

(*) De peur de contracter avec ſa femme l'alliance ſpirituelle de compérage.

Digitized by Google

Louis le Débonnaire, *lib.* 50, *art.* 167, & dans la troisieme addition, *art.* 116. Le décret du Concile Romain, sous Grégoire II, qui défend le mariage d'un homme avec sa commere spirituelle, & que nous avons rapporté ci-dessus, se trouve aussi inséré au livre 7 desdits Capitulaires, *art.* 179.

Le mariage avec sa commere spirituelle est traité au livre six desdits Capitulaires, *art.* 4, de crime capital : *Sciendum est omnibus quod conjunctio spiritalis commatris maximum peccatum sit, & divortio separandum, atque capitali sententiâ mulctandum, vel peregrinatione perpetuâ detendum.*

190. Quoique cette alliance spirituelle fût regardée comme un empêchement dirimant de mariage, & qu'en conséquence il fût défendu à un homme d'être le parrain de l'enfant de sa femme, soit qu'il fût aussi le sien, soit qu'il fût d'un autre mariage, néanmoins s'il l'avoit fait par ignorance, leur mariage ne devoit pas être rompu. C'est la décision du Pape Nicolas I, dans sa lettre à Rodulfe, Archevêque de Bourges, *art.* 5, où il dit : *De his qui.... filios uxoris suæ de viro priori, dum chrismantur ab Episcopo, super se sustinent, si insciti, sicut asseris fit, licèt sit peccatum, tamen non usque ad separatio-*

Digitized by Google

nem conjugii puniendum ; lugeant tamen, & dignâ pœnitentiâ hoc diluentes Domino dicant : delicta ignorantiæ meæ ne memineris. Le Pape finit cette lettre par ces termes : *optamus sanctitatem tuam nunc & semper benè valere* ; ce qui fait voir que le titre *de votre Sainteté* n'étoit pas alors réservé au Pape.

Cette lettre est rapportée au huitieme tome du P. Labbe, *pag.* 504, *& suivantes.*

191. A plus forte raison, lorsque c'est dans un cas de nécessité qu'un homme a baptisé son enfant ; l'alliance spirituelle qu'il a contractée avec sa femme, ne doit pas donner lieu à une séparation ; c'est la décision du Pape Jean VIII (qui occupoit le saint Siege vers le déclin du neuvieme siecle) dans sa lettre à Anselme Evêque de Limoges. Un homme, dans un cas de nécessité, avoit baptisé son enfant qui étoit à l'extrémité ; comme il avoit par-là contracté l'alliance spirituelle avec sa femme, l'Evêque avoit jugé qu'il devoit en être séparé : cet homme étant venu à Rome exposer le fait, le Pape écrit à l'Evêque, qu'il a mal fait, *dicente scripturâ, quod Deus conjunxit, homo non separet ;* que cet homme a bien fait de baptiser lui-même son enfant, ne pouvant lui faire conférer le Sacrement par d'autres, *benè feciſſe laudatur ; & ideo cum ſua uxore,*

Digitized by Google

quamdiù vixerint, judicamus manere conjunctum. Cette lettre est la cent quatre-vingt-huitieme des lettres de ce Pape; elle est au neuvieme tome du P. Labbe, *pag.* 122.

192. L'alliance spirituelle que l'un des conjoints par mariage contracte durant le mariage avec l'autre, en présentant un de leurs enfants au Baptême ou à la Confirmation, ne doit pas non plus rompre leur mariage, lorsque cela a été fait en fraude, pour avoir un prétexte de le rompre. C'est ce qu'a décidé le second Concile de Châlons, assemblé par ordre de Charlemagne, l'an 813; il est dit au trentieme canon: *Dictum nobis est quasdam fœminas desidiosè, quasdam verò fraudulenter, ut à viris suis separentur, proprios filios coràm Episcopis ad confirmandum tenuisse: unde nos dignum duximus, ut si qua mulier filium suum, desidiâ aut fraude aliquâ, coram Episcopo tenuerit ad confirmandum; propter fallaciam suam aut propter fraudem, quamdiù vivet, agat pœnitentiam; à viro tamen suo non separetur.*

193. A l'égard de la troisieme espece d'alliance spirituelle qu'un filleul, ou filleule, étoit censé contracter avec les enfants de ses parrains & marraines, nous voyons que les Papes du neuvieme siecle continuerent de la regarder comme un

Digitized by Google

à un empêchement de mariage, ainsi que le Pape Zacharie dans le huitieme siecle l'avoit regardée.

C'est ce qui paroît par les décisions de Nicolas Premier. Ce Pape, dans ses réponses *ad consulta Bulgarorum*, art. 2, enseigne que le mariage ne peut être permis entre un filleul ou filleule, & les enfants de son parrain, parce qu'ils se tiennent lieu de freres : *inter vos*, dit-il, *non arbitramur esse quodlibet posse conjugale connubium, quandoquidem inter eos qui naturâ, & eos qui adoptione filii sunt, venerandæ leges Romanæ matrimonium contrahi non permittunt.... si ergo*, dit-il, *inter eos non contrahitur matrimonium quos adoptio jungit, quantopotius à carnali oportet inter se contubernio cessare, quos per celeste sacramentum regeneratio sancti Spiritûs vincit : longè congruentiùs filius patris mei vel frater appellatur is quem gratia divina, quàm quem humana voluntas, ut filius ejus & frater meus esset, elegit*, &c.

194. Dans le dixieme siecle, Léon VII, qui monta sur le saint Siege l'an 936, & l'occupa pendant trois ans, dans sa lettre *ad Gallos & Germanos*, par laquelle il leur répond sur plusieurs points de discipline, rapporte sur ce qui concerne l'alliance spirituelle, le décret de Zacharie

Digitized by Google

dans le Concile Romain que nous avons rapporté *suprà*, *n.* 182. Cette lettre est dans le neuvieme tome du P. Labbe, *pag.* 596, *& suiv.*

Nous avons encore dans ce siecle plusieurs lettres d'Atton de Verceil, concernant l'alliance spirituelle & l'empêchement de mariage entr'un filleul ou filleule, & les enfants de son parrain; la plus remarquable est la 5^e^, dans laquelle, pour prouver la nullité du mariage d'un nommé Théodore, qui avoit épousé la fille de son parrain, & à qui il ne vouloit pas permettre de cohabiter avec sa femme; entre plusieurs raisons, tant bonnes que mauvaises, il rapporte la loi du Roi Luitpran, qui défend ces mariages, à laquelle cet homme, qui étoit Lombard, étoit sujet; nous l'avons citée *suprà*, *n.* 185.

195. Dans le onzieme siecle, nous avons les Loix ecclésiastiques du Roi Canut qui régnoit en Angleterre vers le commencement de ce siecle: le mariage avec sa commere spirituelle ou avec sa filleule, est défendu par l'article 14 de ces loix.

On ne trouve point dans le code des Loix ecclésiastiques du Roi Canut, de défense entre la personne baptisée, & les enfants de ses parrains & marraines.

Dans le même siecle, parmi les lettres de Fulbert Evêque de Chartres, nous en

Digitized by Google

trouvons une qui eſt la trente-troiſieme, par laquelle Fulbert, conſulté par ſon Métropolitain ſur la queſtion ſi on devoit ſéparer de ſa femme un homme qui avoit préſenté ſon fils à la Confirmation, rapporte pour ſervir à la déciſion de la queſtion, les canons du Concile de Mayence que nous avons ci-deſſus rapportés, *n.* 188.

196. Nous ne rechercherons plus de témoignages dans les ſiecles ſuivants; les Décrétales des Papes qui ſont dans le corps du Droit canonique, nous inſtruiſent ſuffiſamment de la diſcipline qui a été obſervée dans ces ſiecles juſqu'au Concile de Trente, par rapport aux trois eſpeces d'alliance ſpirituelle dont nous avons traité, qui étoient réputées toutes les trois empêchement dirimant de mariage. *Toto tit. ext. de cogn. ſpir.*

Nous obſerverons ſeulement à l'égard de la ſeconde eſpece d'alliancee ſpirituelle que la perſonne qui a conféré le Baptême, le parrain & la marraine contractent avec le pere & la mere de la perſonne baptiſée, que cette alliance qui les rend comperes & commeres ſpirituels, eſt bien un empêchement dirimant à l'égard du mariage que le compere contracteroit avec ſa commere, depuis qu'elle a été contractée; mais qu'elle ne rompt pas le mariage durant lequel elle eſt contractée,

Digitized by Google

soit par ignorance, soit par malice.

C'est un point décidé par Alexandre III : *Si vir vel mulier*, dit ce Pape, *scienter vel ignoranter filium suum de sacro fonte suscepit, an propter hoc separari debeant ? Respondemus quod quamvis generaliter sit institutum ut debeant separari, quidam tamen humaniùs sentientes, aliter statuerunt ; ideò nobis videtur quod sive ex ignorantiâ, sive malitiâ id fecerint, non sunt separandi, nec alter alteri debitum debet subtrahere, nisi ad continentiam servandam possint induci ; quia si ignorantiâ factum est, eos ignorantia excusare videtur ; si ex malitiâ, eis sua fraus non debet patrocinari vel dolus.* Cap. 2. ext. de cognat. spirit.

197. Nous avons une décision d'Innocent III, touchant la troisieme espece d'alliance spirituelle ; ce Pape fut consulté sur la question de sçavoir si cette alliance que le filleul contracte, étoit un empêchement de mariage seulement avec les enfants de son parrain qui naissoient depuis l'alliance contractée, ou si elle en étoit pareillement un avec ceux nés auparavant ; le Pape décide qu'elle l'est à l'égard des uns & des autres. *Cap. 7. ext. d. t.*

Il paroît que ce qui avoit donné lieu à ce doute, est le canon 5, *cauſ. 30, quæſt. 3*, qui avoit été mal entendu.

Digitized by Google

§. III.

Quelle eſt la Diſcipline établie par le Concile de Trente ſur les Empêchemens dirimants qui réſultent de l'alliance ſpirituelle.

198. Le Concile de Trente, *ſeſſ.* 24, de Reformat. mat. *cap.* 2, a reſtraint l'alliance ſpirituelle qui doit former un empêchement de mariage, à celle que celui qui a conféré le Sacrement, & les perſonnes qui ont ſervi de parrain ou de marraine, contractent avec la perſonne baptiſée ou confirmée, & avec le pere & la mere de cette perſonne, & a abrogé les empêchements de mariage qu'on avoit cru auparavant pouvoir réſulter de toutes les autres eſpeces de l'alliance ſpirituelle.

Ce décret du Concile ſe trouve à la ſeſſion 24, *cap.* 2. Le Concile y expoſe les raiſons qu'il a eues de le porter; *eo quod*, dit-il, *doceret experientia propter multitudinem prohibitionum multoties in caſibus prohibitis, ignoranter contrahi matrimonium, in quibus vel non ſine magno peccato perſeveratur, vel ea non ſine magno ſcandalo dirimuntur.*

Pour remédier à cela, le Concile ordonne, *ut unus tantùm ſive vir, ſive mulier juxtà ſacrorum canonum inſtituta vel ad*

Digitized by Google

ſummùm unus, & una baptiſatum è baptiſmo ſuſcipiant inter quos ac baptiſatum ipſum & illius patrem & matrem, nec non inter baptiſantem & baptiſatum baptiſatique patrem ac matrem TANTUM *ſpiritualis cognatio contrahatur;* il ordonne par ce décret la même choſe à l'égard du Sacrement de Confirmation.

Enfin, par une clauſe générale, il abroge toutes les autres eſpeces d'empêchements de mariage, qui réſultoient autrefois ou qu'on auroit pu croire pouvoir réſulter d'une alliance ſpirituelle : *omnibus*, dit le Concile, *inter alias perſonas hujus cognationis ſpiritalis impedimentis omninò ſublatis.*

Quoique nous n'ayons pas reçu en France le Concile de Trente ; les reſtrictions qu'il a apportées à l'empêchement de l'alliance ſpirituelle, ſont trop raiſonnables pour n'y être pas adoptées.

199. A l'égard des eſpeces d'alliances ſpirituelles auxquelles le Concile n'a pas touché, qui ſont celles des perſonnes qui ont conféré le Sacrement, des parrains & marraines avec la perſonne baptiſée & celle de ces perſonnes avec les pere & mere de la perſonne baptiſée, elles ont toujours continué d'être parmi nous, comme dans le reſte de l'Egliſe, un empêchement dirimant de mariage, quoique

Digitized by Google

la diſpenſe s'en accorde, & ſe préſume facilement. D'Héricourt, en ſes loix eccléſiaſtiques, rapporte ces eſpeces d'alliances ſpirituelles parmi les empêchements dirimants de mariages qui ont lieu parmi nous. C'eſt mal-à-propos que l'Auteur du Journal des Audiences, *tom. 5. l. dernier, ch. dernier*, avance que l'alliance des parrains & marraines avec les pere & mere de la perſonne baptiſée, a été établie par la Cour de Rome *dans les derniers ſiecles pour avoir occaſion d'en donner des diſpenſes burſales.* Nous avons démontré au paragraphe précédent par une foule de témoignages, que l'empêchement qui réſulte de cette eſpece d'alliance, avoit lieu dès le huitieme ſiecle dans l'Egliſe, & notamment dans celle de France, & que nos Rois en avoient fait une loi qui ſe trouve dans le recueil des Capitulaires de Charlemagne & de ſes ſucceſſeurs; il n'y a aucune preuve que cette ancienne diſcipline ait jamais été abrogée en France. On ne peut donc ſans ignorance dire de cet empêchement, qu'il eſt une invention de la Cour de Rome, *pour avoir occaſion d'en donner des diſpenſes burſales*, puiſqu'il eſt, de même que tous les autres empêchements de mariage qui ſont aujourd'hui en uſage, antérieur de pluſieurs ſiecles à l'uſage d'accorder, non-ſeulement des

Digitized by Google

diſpenſes burſales, mais même d'en accorder en tout. *Voyez l'époque des Diſpenſes, infrà, chap.* 4, *art.* 3.

220. L'empêchement de mariage, qui étoit formé autrefois entre le filleul ou la filleule, & les enfants de leur parrain ou de leur marraine, dont nous avons parlé au paragraphe précédent, ſe trouve aboli par la clauſe du Concile ci-deſſus rapportée, auſſi-bien que pluſieurs autres eſpeces d'alliance ſpirituelle qu'on avoit imaginé pouvoir faire des empêchements de mariage.

201. L'eſprit du Concile ayant été de reſtraindre les empêchements dirimants de mariage, & non de les augmenter, il ne peut être douteux qu'en conſervant l'empêchement dirimant de mariage qui eſt formé par l'alliance ſpirituelle qu'un parrain ou une marraine contractent avec le pere & la mere de leur filleul ou filleule, il l'a conſervé tel qu'il avoit lieu auparavant; c'eſt-à-dire, ſeulement pour le mariage que ces perſonnes contracteroient depuis qu'elles ont contracté cette alliance: mais lorſque cette alliance ſpirituelle eſt contractée entre un homme & une femme dont l'un des deux, durant leur mariage, a préſenté au baptême leur enfant commun, ou celui que l'autre avoit d'un précédent mariage, cette

Digitized by Google

alliance ſpirituelle qu'ils contractent ne rompt pas leur mariage durant lequel elle eſt contractée, ſuivant la déciſion d'Alexandre III, rapportée *ſuprà*, *n.* 196.

202. Le Concile ordonne encore que le Curé s'informera de ceux que cela regardera, quelles ſont les perſonnes qui ont été choiſies pour être parrain & marraine; qu'il les nommera dans l'acte qu'il dreſſera du Baptême ſur ſon regiſtre, & qu'il n'y aura que les perſonnes nommées dans l'acte, qui contracteront l'alliance ſpirituelle : *Parochus.... ab iis ad quos ſpectabit ſciſcitetur quem vel quos elegerint ad baptiſatum de ſacro fonte ſuſcipiendum, & eum vel eos ad ſuſcipiendum tantùm admittat, & in libro eorum nomina deſcribat... quod ſi alii, ultrà deſignatos, baptiſatum tetigerint, cognationem ſpiritualem nullomodò contrahant.* d. Seſſ. 24, cap. 2.

Il ne faut pas néanmoins conclure delà, qu'il ſoit préciſément néceſſaire, pour qu'un parrain ou une marraine contractent l'alliance ſpirituelle, qu'ils aient été choiſis par le pere ou la mere de l'enfant pour être parrain ou marraine. Lorſqu'à défaut de perſonnes qui ſe préſentent pour parrain, ou ſur le refus qu'auroit fait le Curé (ce qu'il ne doit faire que pour de bonnes raiſons) d'y admettre celui qui s'y eſt préſenté, une perſonne qui s'eſt

Digitized by Google

trouvée par hasard dans l'Eglise, a servi de parrain ou marraine, & dont il a été fait mention par l'acte de Baptême; cette personne est véritablement parrain ou marraine, & elle ne contracte pas moins l'alliance spirituelle avec l'enfant & le pere & la mere de l'enfant, qu'un parrain ou marraine qu'ils auroient choisi. C'est l'avis de Van Espen *p.* 2, *tit.* 12, *chap.* 6, *n.* 19. Il me paroît mieux fondé que celui de l'Auteur des Conférences de Paris, qui pense que le parrain & la marraine ne contractent l'alliance spirituelle que lorsqu'ils ont été priés de l'être par le pere & la mere.

Le Concile n'a ordonné que les Curés s'informeroient quelles sont les personnes qui ont été choisies pour être le parrain & la marraine, qu'afin qu'ils connoissent quelles sont les personnes qui présentent l'enfant au Baptême en qualité de parrain & de marraine, ces personnes étant les seuls qui contractent l'alliance spirituelle, & qu'ils ne les confondent pas avec les autres personnes qui assistent au Baptême, lesquelles ne contractent aucune alliance spirituelle, quand même elles aideroient le parrain & la marraine à soutenir l'enfant sur les fonts; c'est pourquoi le Concile ajoute : *Si alii ultrà designatos baptisatum tetigerint, cognatio-*

Digitized by Google

nem spiritalem nullomodò contrahant.

203. Observez aussi que quoique le Concile ait ordonné qu'on admettroit tout au plus *ad summum*, qu'un homme & une femme pour être parrain & marraine ; néanmoins si contre la défense du Concile, le Curé a admis plusieurs parrains & marraines, tous ces parrains & marraines contractent l'alliance spirituelle avec l'enfant & le pere de l'enfant. C'est ce qui a été décidé à Rome par la Congrégation, suivant que l'atteste Barbosa, & je crois qu'elle a bien décidé ; car quoique le Curé n'ait pas dû les admettre tous, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont tous été parrains.

§. IV.

De quelques Especes particulieres à l'égard desquelles on avoit mis autrefois en question, si elles formoient une Alliance spirituelle & un Empêchement de mariage.

PREMIERE ESPECE.

Des Parrains de Catéchisme ; Et de ceux qui le sont, lorsqu'on supplée les cérémonies du Baptême.

204. Suivant la Décrétale de Boniface VIII, *le parrain de Catéchisme*, c'est-à-dire, celui qui avoit présenté le Catéchu-

Digitized by Google

mene à l'inſtruction qui précede le Baptême, quoique ce ne fût pas lui qui l'eût depuis préſenté au Baptême, contractoit la même alliance qu'un parrain de Baptême, laquelle l'empêchoit de pouvoir par la ſuite contracter mariage avec la perſonne avec qui il l'avoit contractée: *per catechiſmum*, dit ce Pape, *qui præcedit baptiſmum.....*, *cognatio ſpiritualis contrahitur per quam contrahendum matrimonium impeditur, ut ex Clementis III Decretali evidenter colligitur.* Cap. 3. *de cogn. ſpir. in* 6°.

Cette alliance ſpirituelle & l'empêchement de mariage qui en réſultoit, ſont abolis par le Concile de Trente qui ne reconnoît pour parrain & marraine qui contractent l'alliance ſpirituelle, que ceux qui en cette qualité *tiennent ſur les fonts* la perſonne qu'on baptiſe: *baptiſatum à baptiſmo ſuſcipiunt* TANTUM.

205. Delà il ſuit pareillement que les perſonnes qui ſervent de parrain & de marraine lorſqu'on ſupplée à quelqu'un les cérémonies de Baptême, ne contractent aucune alliance ſpirituelle, car le Concile de Trente n'en reconnoît pas d'autre que celle qui eſt formée par le Sacrement même.

Nous avons un ſtatut ſynodal de notre Diocèſe d'Orléans, qui a bien pris à cet égard le ſens du Concile; il y eſt dit:

Digitized by Google

Rectores doceant quod non ex catechismo seu ex ceremoniis quæ baptismum vel præcedunt vel sequuntur, sed ex baptismo ipso nascitur cognatio spiritualis, tit. *de baptismo.* §. 5.

206. Delà il suit encore que si une personne qui a déja été baptisée, l'étoit par erreur une seconde fois, soit qu'on eut exprimé ou non la condition *si baptisatus non es*, le parrain & la marraine de ce second Baptême ne contracteroient aucune alliance spirituelle, car ce second Baptême n'étant pas valable, n'a pu la former : *quod nullum est, nullum producit effectum.*

Il ne faut pas néanmoins dire indistinctement, avec l'Auteur des Conférences de Paris, qu'un Baptême conféré sous condition ne forme pas d'alliance spirituelle ; il faut pour s'exprimer plus exactement, dire qu'étant incertain si ce Baptême est valable, il est incertain s'il a formé une alliance spirituelle ; qu'en conséquence, si ces personnes ont contracté mariage, leur mariage ne peut recevoir d'atteinte, parce qu'on ne peut justifier qu'il y ait entr'elles une alliance spirituelle qui le rende nul ; mais lorsqu'elles n'ont pas encore contracté mariage, cette incertitude, s'il y a entr'elles une alliance spirituelle, doit les porter ou à s'en abstenir, ou à obtenir dispense.

Digitized by Google

IIe. ESPECE.

De l'Extenſion de la Parenté ſpirituelle, au mari ou à la femme des perſonnes avec qui elle eſt contractée.

207. On avoit mis autrefois en queſtion ſi la parenté ſpirituelle & l'empêchement de mariage qui en réſulte, devoit s'étendre au mari, & à la femme des perſonnes avec qui elle eſt contractée?

Pour l'affirmative l'on diſoit, comme un homme & une femme par la conſommation de leur mariage deviennent *una caro*, & en quelque façon une même perſonne, en conſéquence l'alliance ſpirituelle qu'un homme a contractée, ſoit avec ſon filleul, ſoit avec ſon parrain, ſoit avec ſon compere ſpirituel, ſe communique à ſa femme, qui contracte par conſéquent la même alliance ſpirituelle avec le filleul, le parrain ou le compere ſpirituel de ſon mari; & pareillement l'alliance ſpirituelle qu'une femme a contractée ſoit avec ſa filleule, ſoit avec ſa marraine, ſoit avec ſa commere ſpirituelle, ſe communique à ſon mari, qui contracte pareillement alliance ſpirituelle avec la filleule, la marraine ou la commere ſpirituelle de ſa femme.

Suivant ce principe, 1°. la veuve d'un filleul n'auroit pu épouſer valablement le

Digitized by Google

parrain de ſon défunt mari, & pareillement un homme n'auroit pu épouſer la marraine de ſa défunte femme.

2°. Un homme n'auroit pu épouſer valablement la filleule de ſa défunte femme, ni une femme le filleul de ſon défunt mari.

3°. Une femme n'auroit pu épouſer valablement le compere ſpirituel de ſon défunt mari, ni un homme la commere ſpirituelle de ſa défunte femme.

C'eſt ce que décide le Pape Nicolas Premier dans ſa lettre à Salomon Evêque de Conſtance, rapportée au décret de Gratien, cauſ. 30. q. 4. can. 1. *Sciſcitatur à nobis ſanctitas veſtra ſi aliquis Romæ duas commatres habere valeat unam poſt alteram? In quo meminiſſe oportet ſcriptum eſſe erunt duo in carne unâ; itaque cùm conſtet quia vir & mulier una caro per connubium efficiuntur, verum compatrem conſtitui illi cujus uxor commater eſſe videbatur, & idcircò liquet virum illi fœminæ non poſſe jungi quæ commater ejus erat cum quâ idem fuerat una caro effectus.*

Suivant ce même principe, Boniface VIII décide qu'un homme ne peut pas épouſer la femme de ſon parrain, *ſuſcipientis uxorem ante ſuſceptionem carnaliter cognitam ab eodem.* Cap 1. *de cognat. ſpirit. in* 6°.

208. Le pape Paſchal II, qui occupoit le S. Siege à la fin du 11e ſiecle & au commen-

Digitized by Google

cement du 12^e^, penſoit au contraire que l'alliance ſpirituelle que des perſonnes contractent, & par conſéquent l'empêchement de mariage qui en réſulte, ne ſe communique ni à leur femme, ni à leur mari; voici comme il s'en explique dans ſa lettre *ad Rheginum Epiſcopum*, qui eſt rapportée au décret de Gratien d. q. 4. can. 5. *poſt uxoris obitum cum commatre uxoris, viri ſuperſtitis conjugium copulari nulla videtur autoritas* (*) *vel ratio prohibere; neque enim cognationi carnis cognatio ſpiritûs comparatur, neque per unionem carnis ad unionem ſpiritûs pertranſitur.*

Le Concile de Tribur, à la fin du neuvieme ſiecle, avoit de même décidé qu'un compere ſpirituel pouvoit licitement épouſer la veuve de ſon compere ſpirituel: *qui ſpiritalem habet compatrem cujus filium de lavacro ſancti fontis ſuſcepit, & ejus uxor commater non eſt, liceat ei defuncto compatre ſuo ejus viduam ducere in uxorem.*

209. Le Concile de Trente a fait ceſſer ces queſtions en aboliſſant tous les empêchements de mariage réſultants de l'alliance ſpirituelle, autres que ceux qu'il a obſervés.

(*) Ou Paſchal II ignoroit la déciſion de Nicolas I dans ſa lettre à Salomon, ou cette lettre étoit une piece ſuppoſée, comme le ſont un grand nombre de celles dont Gratien a compoſé ſes canons.

Digitized by Google

III^e ESPECE.

Si les Enfants de deux Comperes ou Commeres peuvent valablement contracter mariage.

210. La raiſon de douter, étoit qu'ils paroiſſoient ſe tenir lieu de freres & de ſœurs. Cette queſtion, après avoir été controverſée, avoit été décidée par Alexandre III qui avoit jugé, qu'à l'exception du filleul ou de la filleule qui ne peuvent contracter mariage avec les enfants de leur parrain ou marraine, les autres enfants des deux comperes ou commeres peuvent contracter mariage enſemble, ſauf dans les pays où il y auroit une coutume contraire, cap. 1. *ext. de cognat. ſpirit.*

Le Concile de Trente ayant aboli l'empêchement de mariage qui étoit entre un filleul ou une filleule, & les enfants de leur parrain ou marraine, à plus forte raiſon il n'en peut reſter aucun entre les autres enfants des deux comperes ou des deux commeres.

IV^e ESPECE.

Si le Parrain & la Marraine contractent enſemble quelque Alliance ſpirituelle.

211. Il n'eſt pas douteux aujourd'hui que le parrain & la marraine qui tiennent

Digitized by Google

un enfant sur les fonts de Baptême ne contractent ensemble aucune véritable alliance spirituelle ; bien-loin que leur compérage forme entre ces personnes un empêchement de mariage, il y est très-souvent un acheminement.

Delà il suit qu'il n'y a pas d'inconvénient que le mari & la femme soient le parrain & la marraine d'un enfant d'un tiers.

Il paroît néanmoins qu'on en avoit douté autrefois ; & que c'est en conséquence de ce doute, s'il ne se formoit pas une alliance spirituelle, qu'Urbain Second vers la fin du onzieme siecle défend au mari & à la femme de tenir ensemble l'enfant d'un tiers pour plus grande pureté de discipline ; c'est ce que nous lisons au dernier canon de la question 4. cauſ. 30 : *Quod uxor cum marito in baptiſmate ſimul non debeat ſuſcipere puerum nullâ autoritate reperitur prohibitum, ſed ut puritas ſpiritualis paternitatis ab omni labe & infamiâ conſervetur immunis, dignum eſſe decernimus, ut utrique inſimul ad hoc aſpirare minimè præſumant.* Aujourd'hui ce canon n'est plus observé, n'étant plus douteux qu'un parrain & une marraine ne contractent ensemble aucune alliance spirituelle.

Digitized by Google

ARTICLE V.

De l'Empêchement d'honnêteté publique.

212. Les empêchements d'honnêteté publique ſont ceux qui réſultent des fiançailles, & d'un mariage non conſommé.

§. I.

De l'Empêchement qui réſulte des Fiançailles.

213. Les fiançailles ne produiſent point d'affinité entre l'une des parties fiancées, & les parents de l'autre partie : car l'affinité naît du mariage, *neceſſitudo inter unum è conjugibus*, &c. *ſuprà* n. 150. Les fiançailles ne renfermant point de mariage, mais ſeulement un acheminement au mariage, elles ne peuvent donc produire d'affinité.

Mais cet acheminement au mariage que les fiançailles renferment, étant comme une eſpece de mariage, *in ſpe* ; ſi les fiançailles ne produiſent point une affinité entre l'une des parties fiancées, & les parents de l'autre partie ; elles produiſent une autre eſpece de rapport fondé ſur l'honnêteté publique, qui ne permet pas que l'une des parties fiancées puiſſe vala-

Digitized by Google

blement contracter mariage, même après la dissolution des fiançailles, avec les parents de la ligne directe de l'autre partie.

Les Romains avoient, même dans le Paganisme, senti ce rapport d'honnêteté publique, & ils avoient en conséquence défendu le mariage entre ces personnes : *inter me & sponsam patris mei nuptiæ contrahi non possunt, quanquam noverca meæ non propriè dicatur.* L. 12. §. 1. ff. de ritu nupt. : *sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non propriè dicatur.* d. l. §. 2. *ejus matrem quam sponsam habui non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est, fuisse enim eam socrum* (*minus propriè*) L. 14. §. fin. ff. d. tit.

214. Les loix Romaines & l'Eglise pendant les dix ou douze premiers siecles, n'avoient pas étendu plus loin qu'aux parents de la ligne (*) directe, ce rapport

(*) Il est étonnant que l'Auteur du Traité sur le Mariage de 1753, *page* 276 à la fin, dise que l'*Empereur* Justinien, à l'exemple de ses prédécesseurs, a défendu à un homme d'épouser la sœur de sa fiancée, & qu'il se fonde pour cela sur un paragraphe du titre *de Nuptiis* des Institutes, où il est dit : *Nam constat nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam, novercam esse; rectiùs tamen & jure facturos eos qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint* : il est évident que Justinien en cet endroit défend seulement à un pere d'épouser la fiancée de son fils, & à un fils d'épouser la fiancée de son pere.

Digitized by Google

d'honnêteté publique qui formoit un empêchement de mariage entre l'un des fiancés & les parents de l'autre. Mais depuis, sur la foi d'une fausse Décrétale attribuée à Jules Premier, qui est rapportée au décret de Gratien, *cauſ.* 27, *quæſt.* 2, *can.* 15. cet empêchement d'honnêteté publique qui résulte des fiançailles avoit été étendu à la parenté de la ligne collatérale aussi loin & dans tous les mêmes degrés que l'empêchement d'affinité qui résulte du mariage.

215. Le Pape Boniface VIII avoit même décidé que des fiançailles, quoique non-valablement contractées, formoient cet empêchement, pourvu que la nullité ne procédât pas du défaut de consentement des parties, *ex defectu conſenſûs*, & qu'elles eussent été contractées *cum certâ ac determinatâ perſonâ* purement & sans condition, ou que si elles avoient été contractées sous une condition, la condition eût été accomplie, cap. 1. *de ſponſ. in* 6°.

216. Le Concile de Trente a corrigé cette discipline, en ordonnant que cet empêchement n'excéderoit pas le premier degré de la ligne collatérale, & qu'il ne seroit formé que par des fiançailles valablement contractées : *publicæ honeſtatis impedimentum, ubi ſponſalia quâcumque ratione valida non erunt, S. Synodus prorſus tollit; ubi autem valida fuerint, pri-*

Digitized by Google

mum gradum non excedant. Syn. Trid. Sess. 24. cap. 3.

C'est aujourd'hui à cet égard la discipline de l'Eglise.

217. L'Auteur des Conférences de Paris pense que dans les Diocèses où la bénédiction des fiançailles dans l'Eglise est en usage, les fiançailles ne forment cet empêchement que lorsqu'elles ont été bénites : il se fonde sur une consultation de quatre Docteurs de Sorbonne qui le décident ainsi ; & ces Docteurs donnent pour raison de leur décision, que les promesses de mariage que se font les parties par les contrats de mariage ou par d'autres actes, renferment la condition, *s'il plaît à notre Mere Sainte Eglise de les recevoir* ; d'où il suit, dit-il, que n'ayant pas été reçues par l'Eglise & confirmées par la bénédiction ecclésiastique, elles sont sans effet. Je ne suis pas de cet avis ; ce n'est pas la bénédiction des fiançailles, c'est le contrat des fiançailles qui forme par lui-même l'empêchement d'honnêteté publique. Cette bénédiction n'est qu'un accessoire des fiançailles, sans lequel le contrat de fiançailles ne laisse pas d'avoir toute sa perfection ; puisque, sans que cette bénédiction soit intervenue, il donne une action à chacune des parties pour en poursuivre l'exécution tant devant le Juge d'Eglise que devant le Juge séculier.

Digitized by Google

Lorsque mon fils & une fille, du consentement de leur famille, ont passé un contrat de mariage, devant Notaires, quoique le mariage ait manqué, & que les fiançailles n'aient pas été bénites, cette fille n'en a pas moins été la fiancée de mon fils, la future épouse de mon fils, & ma future bru ; ce qui suffit pour que l'honnêteté publique ne permette pas que je puisse l'épouser.

218. Il suffit pour faire naître l'empêchement qui résulte des fiançailles qu'elles aient été valablement contractées. Quoiqu'elles aient été depuis dissoutes, soit par le consentement mutuel des parties, soit par la mort, cet empêchement ne laisse pas de subsister : c'est l'avis de Fagnan sur le chap. *ad audientiam, ext. de sponsal. & matrim.* & de Corradus, qui attestent que leur sentiment est suivi dans la pratique : c'est aussi celui de Van Espen ; la raison est qu'il suffit qu'une femme par les fiançailles qu'elle a contractées soit avec mon pere, soit avec mon fils, soit avec mon frere, ait eu pendant quelque temps à mon égard un commencement de qualité de belle-mere, de bru, ou de belle-sœur, pour que la pudeur & l'honnêteté publique ne permettent pas qu'elle devienne ma femme.

219. Mais si une femme avoit été fian-

Digitized by Google

cée à mon pere, & que ces fiançailles eussent été dissoutes avant que je fusse au monde, elles n'auroient pu former entre cette femme & moi qui n'étois pas au monde, aucune alliance d'honnêteté publique, ni par conséquent aucun empêchement de mariage: on ne peut pas dire en ce cas qu'elle ait jamais eu à mon égard aucun commencement de qualité de belle-mere, puisque, quand je suis venu au monde elle avoit déja cessé d'être la fiancée de mon pere.

220. Lorsque des fiançailles ont été contractées sous une condition suspensive, elles ne peuvent former l'empêchement d'honnêteté publique, si elles ne sont pas confirmées par l'accomplissement de la condition. Quoique Boniface VIII ait voulu que même les fiançailles nulles produisissent l'empêchement d'honnêteté publique, il a néanmoins reconnu que les fiançailles conditionnelles ne pouvoient le produire, si la condition n'étoit accomplie. *Cap*, 1. *de sponsal. in* 6°, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 215: les fiançailles conditionnelles ont cela de commun avec toutes les conventions conditionnelles, qu'elles ne produisent aucun droit, tant que la condition n'est pas encore accomplie, & que le défaut d'accomplissement

Digitized by Google

pliſſement de la condition les a fait regarder comme non-avenues.

§. II.

De l'Affinité qui réſulte du Mariage non-conſommé.

221. Les loix Romaines ne diſtinguoient pas ſi le mariage avoit été conſommé ou non pour qu'il produisît l'affinité entre l'un des conjoints par mariage & les parents de l'autre, comme nous l'avons déja obſervé *ſuprà*, *n.* 152.

Nous apprenons par la conſtitution de Zénon, qu'il y avoit une loi chez les Egyptiens qui avoit ſuivi cette diſtinction, & ſuivant laquelle un frere épouſoit valablement la veuve de ſon frere, lorſqu'elle étoit encore vierge, ſon mari étant mort avant qu'il eût conſommé le mariage, qui ne devoit pas être cenſé avoir été un mariage réel & effectif, n'ayant pas été conſommé. L'Empereur Zénon abroge cette loi des Egyptiens, & déclare nuls les mariages qui ont été contractés entre ces perſonnes : *Licet quidam Egiptiorum*, dit l'Empereur, *idcircò mortuorum fratrum ſibi conjuges matrimonio copulaverint, quod poſt illorum mortem manſiſſe virgines dicebantur, arbitrati ſcilicet quod certis*

Digitized by Google

legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerint, nuptias non videri re esse contractas, & hujusmodi connubia tunc temporis celebrata, firmata sunt; tamen præsenti lege sancimus ut si quæ hujusmodi nuptiæ contractæ fuerint, eas earumque contractores, & ex his progenitos antiquarum legum tenori subjacere, nec ad exemplum Egiptiorum eas videri fuisse firmas vel esse firmandas. L. penult. cod. de incest. nupt.

222. Quoique, suivant les principes du Droit canonique, un mariage qui n'a pas été consommé ne forme pas l'affinité, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 152, il forme entre l'un des époux & les parents de l'autre une autre espece d'empêchement dirimant de mariage, qu'on appelle empêchement d'honnêteté publique, lequel s'étend aussi-loin que celui de l'affinité.

Nous avons cru inutile d'entrer dans la discussion si le chap. *ad audientiam 4. ext. de sponsal. & matrim.* est dans l'espece d'un mariage contracté par fiançailles *de présent* & non-consommé, comme le prétendent Cujas & Fagnan, ou s'il est dans l'espece des fiançailles *de futuro*. Si celles-ci formoient alors un empêchement d'honnêteté publique qui s'étendoit aussi loin que celui d'affinité, parce qu'elles sont

Digitized by Google

un acheminement à une espece de commencement de mariage ; à plus forte raison, le mariage parfait non-consommé doit produire un pareil empêchement d'honnêteté publique.

Pareillement, puisque les fiançailles *de futuro* contractées entre personnes certaines & déterminées, quoique nulles, pourvu que ce ne fût pas par défaut de consentement, formoient, avant le Concile de Trente, un empêchement dirimant, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, il ne peut être douteux que le mariage non-consommé, quoique nul, pourvu que ce ne fût pas par défaut de consentement, formoit alors un pareil empêchement, puisque le mariage non-consommé est quelque chose de bien plus considérable & de bien plus respectable que de simples fiançailles *de futuro*, & qu'il les renferme éminemment : cela est d'ailleurs décidé formellement par le chap. IV. *Ext. de Sponsal. & Matrim.* en supposant qu'il est dans l'espece d'un mariage non-consommé.

223. Le Concile de Trente a bien restraint l'empêchement d'honnêteté publique, qui résulte des fiançailles *de futuro*, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent ; mais il n'a pas touché à celui qui résulte du mariage non-consommé ;

Digitized by Google

il n'y a pas été question de cette espece d'empêchement. Les Historiens du Concile qui rapportent toutes les différentes matieres qui furent traitées & agitées alors, n'en disent pas le moindre mot. Le Pape Pie V, dans sa Bulle *ad Romanum*, qu'il donna cinq ans après la conclusion du Concile, déclare que ce qu'il a réglé sur l'empêchement qui résulte des fiançailles, ne regarde que celui qui résulte des fiançailles *de futuro*; qu'on n'en doit rien inférer pour ce qui concerne celui qui résulte d'un mariage non-consommé; 1°. parce que lorsqu'il s'agit d'abroger ou changer l'ancien Droit par une loi nouvelle, il faut que la loi s'en explique expressément: 2°. parce qu'un mariage parfait, quoique non-consommé, étant un engagement plus considérable, plus respectable, plus inviolable que celui que renferment de simples fiançailles *de futuro*, on ne peut, de la diminution que le Concile a apportée à l'empêchement des fiançailles, tirer aucune conséquence pour celui du mariage non-consommé; ce seroit argumenter *à minori ad majus*, ce qui est un mauvais argument.

Il faut donc tenir que l'empêchement d'honnêteté publique, qui résulte du mariage non-consommé, s'étend aujourd'hui, de même qu'avant le Concile de Trente, aussi loin que celui qui résulte de l'affinité.

Digitized by Google

Par la même raison, on doit tenir qu'aujourd'hui, comme auparavant le Concile de Trente, un mariage non-consommé, quoique nul, pourvu qu'il ne le soit pas par défaut de consentement, & qu'il ait été contracté avec une personne certaine & déterminée, forme cet empêchement. C'est le sentiment de Fagnan sur le Chap. *ad Audientiam 4. ext. de Sponsal. & Matrim.* & celui de Van Espen.

224. Il nous reste à observer à l'égard de l'empêchement d'honnêteté publique, qui résulte des fiançailles ou du mariage non-consommé, qu'il se contracte de même que l'empêchement d'affinité, entre l'une des parties, & les parents de l'autre partie, soit que leur parenté avec l'autre partie soit une parenté légitime, soit qu'elle soit illégitime.

§. III.

Autre cas.

On a trouvé un empêchement d'honnêteté publique dans le mariage d'un homme avec la belle-mere de sa défunte femme. Il n'y a aucune affinité véritable entre ces personnes; car un homme, en se mariant, ne contracte affinité qu'avec les parents de sa femme; il n'en con-

Digitized by Google

tracte pas avec les affins de sa femme : or, la belle-mere de ma femme n'est pas la parente de ma femme ; elle ne lui est qu'*affinis* : il n'y a donc pas d'affinité entr'elle & moi. Il y auroit eu, avant le Concile de Latran, une espece d'affinité, qu'on appelloit affinité du second genre, & qu'on croyoit être entre l'un des conjoints par mariage, & les affins de l'autre ; mais cette espece d'affinité du second genre a été abrogée par le Concile de Latran, & elle ne forme plus un empêchement de mariage, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 161. Néanmoins l'espece s'étant présentée en Normandie : un homme ayant voulu épouser la belle-mere de sa défunte femme, ayant même obtenu pour cet effet un rescrit de Rome, qui avoit été entériné par l'Evêque d'Avranches, & ayant en sa faveur des consultations de Sorbonne ; sur l'appel comme d'abus, qui fut interjetté, le Parlement de Normandie trouvant dans ce mariage un empêchement, non d'affinité, mais d'honnêteté publique ; dit qu'il avoit été abusivement procédé à l'entérinement du rescrit, & fit défenses de passer outre au mariage, à peine de la vie. Voyez Brillon *verbo* Mariage, *p.* 302. Suivant cet arrêt, l'empêchement que les Canonistes appelloient *d'affinité du second*

Digitized by Google

genre, a paru au Parlement de Normandie, former encore aujourd'hui dans la ligne directe un empêchement, non d'affinité, mais d'honnêteté publique ; & cet empêchement lui a paru si considérable, qu'il a jugé qu'il n'étoit pas susceptible de dispense.

L'arrêt est du 17 Décembre 1617. Fevret qui le rapporte, *l.* 5, *ch.* 3, *n.* 6, en rapporte encore un autre du même Parlement, par lequel, suivant le même principe, le rescrit qu'un homme avoit obtenu pour épouser la veuve de son privigne, fut déclaré abusif, & défenses furent faites de passer à la solemnisation du mariage, à peine de la vie.

Ces Arrêts sont aussi rapportés par Mornac *ad L.* 42, ff. *de rit. nupt.*

Les loix Romaines reconnoissent cette espece d'empêchement d'honnêteté publique ; c'est ce qui paroît par la loi 15, ff. *de rit. nupt.* qui défend à un homme d'épouser la veuve de son beau-fils ou privigne, & à une femme d'épouser l'homme veuf de sa belle-fille.

ARTICLE VI.

De l'Empêchement qui résulte du Rapt & de la Séduction.

§. I. *Du Rapt.*

225. Le rapt formoit autrefois un em-

Digitized by Google

pêchement dirimant de mariage entre le raviſſeur & la perſonne ravie, qui étoit perpétuel, & duroit, ſoit qu'elle fût encore, ſoit qu'elle eût ceſſé d'être en la puiſſance du raviſſeur.

Juſtinien, *L. un. Cod de rapt. de virg.* dit: *Nec ſit facultas raptæ virgini vel viduæ raptorem ut ſuum ſibi maritum expoſcere.... NULLO MODO, nullo tempore datur licentia*, &c.

Les Capitulaires de Charlemagne ordonnent pareillement que celui qui a ravi une fille, *nunquam illam uxorem habeat* VI, 60. *eas nullatenùs habeant uxores*, VII, 395.

Le Concile de Pavie, *Ticinenſe cap.* 10, tenu en 850, dit auſſi: *Puellæ ipſis à quibus raptæ ſunt, legitimæ demùm uxores nullatenùs eſſe poſſunt.*

226. Depuis, la diſcipline a changé. Innocent III décide que la perſonne ravie peut contracter mariage avec le raviſſeur, ſi elle ſe détermine librement à y conſentir. *Cap. 7. ext. de raptoribus.*

227. Le Concile de Trente a pris un parti mitoyen; il ne permet pas le mariage entre la perſonne ravie & le raviſſeur, tant qu'elle eſt en ſa puiſſance, quelque conſentement qu'elle y donne: *S. Synodus decrevit, inter raptorem & rap-*

Digitized by Google

tam, quamdiù ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium : & en cela il corrige le Droit des Décrétales ; mais il permet ce mariage, lorsque la personne ravie le contracte après qu'elle a cessé d'être en la puissance du ravisseur, *à raptore separata & in loco tuto constituta ;* & en cela il s'écarte de la rigueur de l'ancien Droit.

Notre Droit est conforme en ce point à la discipline du Concile de Trente ; l'Ordonnance de 1639, *art.* 5. « déclare » nuls les mariages faits avec ceux qui » ont ravi des veuves, ou filles de quel- » qu'âge ou condition qu'elles soient, » sans que par le temps, ni par le con- » sentement des personnes ravies, de » leurs pere, mere, tuteurs, ils puissent » être confirmés, *tandis que* les personnes » ravies sont en la puissance du ravisseur.

§. II.

De la Séduction.

228. Nous entendons ici par *séduction*, lorsque sans employer la violence, mais par de mauvaises voies & de mauvais artifices, on engage une jeune personne à consentir à un mariage.

La séduction, dans notre Droit Fran-

Digitized by Google

çois, n'eſt pas moins un empêchement dirimant de mariage que le rapt : nous le regardons même comme une eſpece de rapt, & nous l'appellons *rapt de ſéduction.*

229. La ſéduction ſe préſume de droit, lorſqu'un mineur s'eſt marié ſans le conſentement de ſes pere & mere, tuteur ou curateur, & en conſéquence ſur l'appel comme d'abus que les pere, mere, tuteur ou curateur interjettent de ces mariages : les Parlements les déclarent nuls. Voyez *infrà*, *part.* 4. *ch.* 1. *art.* 2.

Cela a lieu, même dans le cas auquel un François mineur ſe ſeroit marié hors le Royaume, dans un pays où cette préſomption n'eſt pas admiſe, & où les mariages des mineurs ſont valables ſans le conſentement de leur pere & mere. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt rapporté par d'Hericourt, à l'égard d'un mineur de Lyon qui s'étoit marié à Liége : le mariage fut déclaré abuſif. La raiſon eſt que nos loix qui obligent les mineurs à requérir le conſentement de leur pere & mere pour ſe marier, & qui les préſument ſéduits lorſqu'ils y ont manqué, ſont des loix, qui ayant pour objet les perſonnes, ſont perſonnelles, & exercent leur empire à l'égard des perſonnes qui y ſont ſujettes, en quelqu'endroit qu'elles contractent.

Digitized by Google

230. La séduction n'est pas présumée à l'égard des majeurs, à moins que le commerce illicite n'ait commencé dès le temps de leur minorité, de maniere que le mariage contracté en majorité puisse être une suite de la séduction.

ARTICLE VII.

De l'Empêchement de Mariage qui résulte de l'Adultere.

231. Les loix Romaines avoient établi un empêchement dirimant de mariage entre une femme & son adultere, qui empêchoit que cette femme pût après la mort de son mari, contracter valablement mariage avec lui. Cela se tire par induction de la loi 40. *ff. ad leg. Jul. de adult.* où Paul décide que, lorsqu'un mari a commencé contre une personne des poursuites pour l'accuser d'adultere avec sa femme, qu'il n'a pas suivies; ces poursuites ne peuvent mettre un obstacle au mariage que sa femme contracteroit après sa mort avec cette personne. *Paulus respondit nihil impedire quominus ei quem suspectum maritus habuit, ea de quâ quæritur, nubere posset.*

La conséquence paroît naturelle que la femme n'eut pu l'épouser, s'il n'eût pas

Digitized by Google

été seulement suspect, mais qu'il eût été convaincu d'adultere avec elle. Godefroy en ses notes sur cette loi, en a tiré cette conséquence.

Saint Augustin, en son ouvrage *de nupt. & concup. lib.* 1, *cap.* 10, nous fournit aussi un témoignage de cette espece d'empêchement qui avoit lieu de son temps par les loix Romaines; il dit: *marito mortuo cum quo verum connubium fuit, fieri verum connubium non potest, cum quo prius adulterium fuit.*

Gratien qui rapporte ce texte dans son décret, *Caus.* 31, *q.* 1, *can.* 2, a omis la négation, & a écrit *potest*, au lieu de *non potest*; mais la négation se trouve dans le texte de Saint Augustin, comme l'ont reconnu les Correcteurs Romains, qui nous attestent qu'elle se trouve dans le manuscrit des Œuvres de ce Pere, qui est au Vatican.

Outre que, pour que la leçon de Gratien fût bonne, il faudroit supposer que S. Augustin eût ignoré la loi Romaine sur ce point; ce qui ne se peut supposer; le sens de ce texte de Saint Augustin, demande cette négation. Le Saint Docteur releve dans cet endroit la force du lien conjugal: il dit, qu'il est si fort & si indissoluble, qu'il n'est pas permis par la loi de l'Evangile de répudier sa fem-

Digitized by Google

me, & que même après le divorce que la loi du siecle permet, le lien conjugal continue de subsister tellement entre les conjoints, qu'ils demeurent toujours véritables époux & épouse, nonobstant le mariage que l'un d'eux auroit contracté avec une autre personne, lequel, quoique permis par la loi du siecle, est par la loi de l'Evangile plutôt un adultere qu'un mariage. Enfin, pour relever le lien conjugal, il ajoute, que le violement de ce lien, par une union adulterine qu'une femme a avec son adultere, a paru si énorme, que le vice de cette union ne peut être purgé ni devenir par la suite un mariage légitime, même après la mort de son mari, *& denique marito mortuo..... fieri verum connubium non potest, cum quo prius adulterium fuit.*

Justinien en sa Novelle 134, *cap.* 12, déclare aussi nul le mariage qu'une femme a contracté avec l'homme avec qui elle avoit commis adultere pendant son premier mariage : *Si quis accusatus de adulterio, per proditionem judicum aut alio quolibet modo, à legibus pœnas effugerit, & post hoc inveniatur cum muliere de quâ accusatus est turpiter conversatus, & in matrimonium accipere eam, & hoc fiat vivente marito aut post ejus mortem, neque matrimonium valere censemus, &c.*

232. L'Eglise ayant toujours observé

Digitized by Google

religieusement dans sa discipline les loix séculieres, les peuples d'Occident qui se convertirent à la foi, trouverent cet empêchement établi par la discipline de l'Eglise, & s'y conformerent; cette discipline étoit encore suivie en Allemagne sur la fin du neuvieme siecle.

Le Concile de Tribur en Franconie, tenu en l'an 895, dans le quarantieme de ses canons, dit: *non licet, ut ullus eâ utatur in matrimonio, cum quâ prius pollutus est in adulterio.*

Gratien, *cauſ.* 31, *q.* 1, *can.* 4, au lieu de cela, fait dire au Concile de Tribur: *Relatum est..... quemdam alterius uxorem stupro violasse, & insuper mœchæ, vivente viro suo, juramentum dedisse, ut post legitimi mariti mortem, si supervixisset, duceret uxorem: quod & factum est: tale ergò connubium prohibemus, & anathematisamur.*

Il est vrai que le fait qui avoit donné occasion au canon, & qui est rapporté par les Peres du Concile, étoit un mariage contracté par un homme avec une femme, avec qui il avoit auparavant commis adultere sous la promesse de l'épouser après la mort de son mari; mais le canon que le Concile fait à cette occasion, est conçu en termes généraux, tels que nous les avons rapportés, & n'est pas restraint au cas particulier qui y a donné occasion.

Digitized by Google

233. Cette discipline avoit reçu quelque altération en France dès le neuvieme siecle : on regardoit l'adultere comme un empêchement prohibitif de mariage ; mais qui n'étoit pas dirimant, à moins qu'il ne fût accompagné de quelques circonstances aggravantes ; c'est ce que nous apprenons du Concile de Meaux, tenu en 845, sous Charles le Chauve, qui veut que lorsqu'une femme, après la mort de son mari, a épousé son adultere, on les soumette à la pénitence publique ; & qu'après le temps de la pénitence fini, on puisse leur permettre d'habiter ensemble, à moins que l'adultere n'eût été suivi du meurtre du premier mari, ou qu'il y eût quelqu'autre empêchement : *is qui vivente marito conjugem alterius adulterasse accusatur, & eo in proximo defuncto eamdem sumpsisse dignoscitur, omnimodis publicæ pœnitentiæ subigatur, de quo etiam post pœnitentiam præfata* (1) *servabitur regula, nisi fortè idem aut mulier virum qui mortuus fuerat, occidisse notentur, aut propinquitas*

(*) C'est celle qui se trouve au canon 64, qui, dans une autre espece, porte qu'on pourra, après le temps de la pénitence fini, permettre aux parties d'habiter ensemble, en leur faisant compenser cette indulgence par des aumônes, ou autres œuvres pies.

Digitized by Google

vel alia quælibet actio criminalis impediat. Can. 69.

234. Dans les siecles suivants on ne regarda plus l'adultere comme un empêchement dirimant de mariage, que lorsqu'il étoit accompagné de promesse de s'épouser, faite durant le mariage, ou suivi du meurtre de l'autre conjoint. Le décret de Gratien, dans lequel on étudioit alors le Droit canonique sans consulter les sources, accrédita beaucoup cette opinion; on ne la regardoit pas néanmoins encore dans le douzieme siecle comme un point bien décidé; c'est ce qui paroît par ce que nous lisons dans une Décrétale d'Alexandre III, *cap.* 1. ext. de eo qui duxit, &c. *Licet in canonibus habeatur, ut nullus copulet matrimonio quam prius polluerat adulterio, & illam maximè cui fidem dederat uxore suâ vivente, vel quæ machinata est in mortem uxoris.* Le terme *maximè* empêche la restriction de la regle à ces deux cas, & insinue que même hors ces deux cas, l'adultere peut seul & par lui-même être un empêchement dirimant de mariage.

235. Enfin, dans le 13^e^ siecle, le Pape Innocent III a adopté, en termes formels, la restriction de l'empêchement à ces deux cas, par sa décrétale, qui est au chap. *Significasti* 6. ext. d. tit. *Significasti quod cum P.*

Digitized by Google

Civis Spoletanus quamdam mulierem duxisset legitimè, eâ relictâ, cuidam meretrici adhæsit; verum cum uxor ipsius esset viam universæ carnis ingressa, meretricem cui adhæserat, desponsavit: respondemus quod nisi alter eorum in mortem uxoris defunctæ fuerit machinatus, vel eâ vivente sibi fidem dederit de matrimonio contrahendo, legitimum judices matrimonium.

Cette décision a fixé sur ce point la discipline de l'Eglise, & a toujours depuis été suivie, & l'est encore aujourd'hui.

Suivant cette discipline, la promesse de s'épouser rend bien l'adultere empêchement dirimant de mariage; mais cette promesse faite durant le mariage, lorsqu'elle n'a pas été précédée ou suivie d'adultere, c'est-à-dire, d'un commerce charnel avec l'homme ou la femme à qui elle a été faite, quoiqu'elle soit criminelle, ne forme pas un empêchement de mariage: il faut, pour contracter l'empêchement, que les deux choses aient concouru, l'adultere & la promesse.

236. Si l'adultere commis en secret, auquel est jointe une promesse de s'épouser, forme un empêchement dirimant de mariage, à plus forte raison l'adultere public que je commets en épousant du vivant de ma femme, une autre fem-

Digitized by Google

me qui n'ignore pas que je suis marié ; doit-t-il former un empêchement dirimant, qui empêche que ce second mariage ne puisse se réhabiliter après la dissolution du premier ?

Il en est de même, lorsqu'une femme du vivant de son mari, épouse un autre homme qui sçait qu'elle est mariée.

237. Observez néanmoins que le mariage que j'ai contracté publiquement du vivant de ma femme, avec une autre femme, ne renfermant un adultere que par le commerce charnel que j'aurois eu avec elle du vivant de ma premiere ; si mon premier mariage vient à se dissoudre par la mort de ma premiere femme, avant que j'aie connu charnellement cette seconde femme, n'y ayant point en ce cas d'adultere, ce second mariage, quoiqu'il ait été scandaleux & criminel, peut être réhabilité ; c'est ce que décide le Pape Grégoire IX. *Si quis*, dit ce Pape, *uxore vivente, fide datâ promisit aliam se ducturum, vel cum ipsâ de facto contraxit, si nec ante nec post, legitimâ superstite, cognovit eamdem ; quamvis graviter deliquerint, non est tamen matrimonium, quod cum eâ contraxit post uxoris obitum, dirimendum.* cap. fin. ext. de eo qui duxit in matrim.

238. Mais lorsque le second mariage,

Digitized by Google

contracté durant le premier, a été précédé ou suivi du commerce charnel avant la dissolution du premier mariage, il ne peut plus après la dissolution du premier mariage, être réhabilité.

Cela a lieu, 1°. quand même le premier mariage, durant lequel le second auroit été contracté, n'auroit pas été consommé par le commerce charnel; il suffit qu'il ait été valablement contracté: il n'en est pas moins, quoique non-consommé, un mariage véritable; & le second n'en est pas moins entaché du vice d'adultere, qui empêche qu'il ne puisse être réhabilité après la dissolution du premier; c'est ce que décide formellement le Pape Alexandre III, au chap. 2. *ext. d. tit.*

2°. Quand même un homme auroit fait condamner sa femme pour cause d'adultere à une réclusion dans un monastere, le mariage qu'il a contracté avec une autre femme, du vivant de cette premiere, quoiqu'elle fût alors recluse, n'en est pas moins entaché du vice d'adultere, & ne peut être réhabilité après la mort de la premiere; c'est ce que décide le Pape Clément III. *Accepimus quod T. uxorem suam in adulterio deprehensam de tui antecessoris assensu abjecit, quæ postmodum accepit habitum monachalem, sed*

Digitized by Google

dictus T. antequam illa decederet aliam super induxit, & plures suscepit filios ex eadem. Respondemus quod illos debes ab invicem separare, idem verò vir indictâ ab eo pœnitentiâ, aliam poterit ducere uxorem. cap. 4. ext. d. tit.

3°. Le second mariage contracté durant le premier, ne peut être réhabilité après la dissolution du premier, quelque long-temps qu'ait duré ce second mariage, & quoiqu'il y en ait un grand nombre d'enfants; c'est ce qui paroît par le chap. 4. que nous venons de rapporter, & ce qui est encore décidé par le même Pape au chap. 5, où il en donne cette raison: *Nec aliquod adminiculum afferunt ut simul maneant, quod decennio cohabitaverint, ac decem filios susceperint; cum multiplicitas prolis ita susceptæ, magis eorum crimen exaggeret, & diuturnitas temporis peccatum non minuat, sed augmentet.*

239. Nous n'avons parlé jusqu'à présent que du cas auquel un homme du vivant de sa femme, ou une femme du vivant de son mari, a contracté mariage avec une personne qui n'ignoroit pas que celle avec qui elle contractoit mariage, étoit mariée à un autre: ce n'est que dans ce cas que ce mariage, qui a été contracté de mauvaise foi par les

Digitized by Google

deux parties, ne peut absolument être réhabilité après la dissolution du premier.

Mais lorsque du vivant de ma femme, j'ai contracté mariage avec une autre femme qui ignoroit que je fusse marié, & qui a contracté de bonne foi avec moi : ce second mariage peut après la dissolution du premier, par la mort de ma premiere femme, être réhabilité, & je ne suis pas recevable après la dissolution de mon premier mariage, à en demander la cassation, si cette seconde femme n'y consent. C'est ce que décide le Pape Alexandre III. *Propositum est nobis*, dit ce Pape, *quod vir quidam uxorem habens, sibi aliam hujusmodi rei insciam copulavit; sed primâ mortuâ nititur discedere à secundâ.... quia non dignum est ut prædictus vir qui scienter contra canones venerat, lucrum de suo dolo reportet : respondemus quod nisi mulier divortium petet, ad petitionem viri non sunt aliquatenus separandi.* cap. 1. ext. d. tit.

Innocent III. décide la même chose dans l'espece suivante. Un homme de Limoges quitte sa femme; s'en va à Messine, & du vivant de sa femme y épouse une autre femme qui ne savoit pas qu'il fût marié. Depuis, le mariage avec sa premiere femme ayant été découvert, on le

Digitized by Google

met en pénitence, & on l'oblige à retourner à Limoges avec sa premiere femme. En y arrivant, il la trouve morte : il revient à Messine, & il habite avec sa seconde femme, comme ayant pu par la mort de la premiere, devenir sa légitime épouse. Innocent III décide qu'on peut le lui permettre : *licet*, dit le Pape, *vivente uxore legitimâ prædictam M. sibi copulare nequiverit in uxorem, quia tamen uxore defunctâ ut pote à lege ipsius solutus, in eamdem M. de novo potuit matrimonialiter consentire, dummodo non præstiterit fidem* (1) *adulteræ, vel machinatus fuerit in mortem uxoris ; mandamus, quatenus, si est ita, eidem ut supradictæ M. affectu adhæreat conjugali licentiam concedatis.* cap. 7. ext. d. tit.

ARTICLE VIII.

De l'Empêchement qui résulte du Meurtre.

240. Le meurtre de l'un des deux conjoints par mariage, forme un empêchement dirimant de mariage entre le meurtrier & l'autre conjoint survivant, en

(*) *Id est, modò post detectum priùs matrimonium, non perrexerit vivente primâ uxore cohabitare cum secundâ, jam adulterii conscià, fide ei datâ redintegrandi matrimonii postmortem prioris uxoris.*

Digitized by Google

deux différents cas : le premier eſt lorſque le meurtre s'eſt fait avec la participation du conjoint ſurvivant. *Cap. Laudabilem 1. ext. de converſ. infidel.*

Si la femme avoit d'abord conſenti au meurtre de ſon mari, qu'un homme ſe propoſoit de faire, & qu'avant qu'il l'eût exécuté, elle lui eût déclaré qu'elle ne conſentoit plus à ce meurtre, on ne peut plus dire qu'il a été commis du conſentement de la femme ; l'ayant révoqué il ne ſubſiſtoit plus ; le meurtre en ce cas ne formera pas un empêchement de mariage entre cette femme & le meurtrier.

241. Le ſecond cas eſt, lorſque le meurtrier eſt en même temps l'adultere de l'autre conjoint. *Cap. ſuper hoc 3. ext.* de eo qui dux.

Le meurtre ſeul, fait ſans la participation du conjoint ſurvivant, ne formeroit pas l'empêchement. L'adultere ſeul, fait ſans promeſſe d'épouſer, ne le formeroit pas ; mais le concours de l'adultere & du meurtre, forme cet empêchement.

242. Obſervez que dans l'un & l'autre cas, pour que le meurtre forme un empêchement dirimant, il faut qu'il ait été conſommé. Une tentative ne forme pas l'empêchement. Les loix pénales s'interpretent littéralement.

Digitized by Google

Cette espece d'empêchement est fondée sur une raison assez plausible ; afin qu'un homme qui a de la passion pour une femme mariée à un autre, sçachant qu'il ne peut jamais parvenir à contracter valablement mariage par le meurtre de son mari, soit moins tenté de commettre ce meurtre.

Cet empêchement n'est néanmoins que de droit positif, il n'est pas du droit naturel ; car il ne paroît pas que Dieu ait condamné le mariage de David avec Bersabée ; c'est un fils né de ce mariage, qui par l'ordre de Dieu, a été le successeur au trône de son pere.

ARTICLE IX.

De l'Empêchement qui résulte de la diversité de Religion.

243. Nous n'avons aucun texte dans le Nouveau Testament qui défende d'une maniere directe & absolue, aux fidèles de se marier avec des infidèles ou des hérétiques.

Les textes où quelques Peres ont cru voir cette défense, ne sont rien moins que formels.

Le premier est dans la premiere aux Corinth. *ch.* 7, *v.* 39, où il est dit : *mulier....*

Digitized by Google

si dormierit vir ejus, liberata est; cui vult nubat, tantùm in Domino.

Quelques Peres ont cru que ces termes, *tantùm in Domino*, signifioient qu'elle ne devoit se marier qu'à un Chrétien: il paroît que ces termes ne disent pas cela; mais seulement qu'elle doit dans ce mariage, de même que dans les autres actions de sa vie, rechercher quelle est la volonté du Seigneur.

Il en est de même de l'autre texte, qui est dans la seconde aux Corinth. *chap.* 6, où il est dit: *Nolite jugum ducere cum infidelibus; quæ enim participatio justitiæ cum impietate, &c.* Il n'est pas question dans ce texte, de mariage. Saint Paul défend aux fidèles tout commerce en général avec les infidèles, sans nécessité ni utilité, & lorsque ce commerce peut leur être une occasion de péché.

Saint Augustin n'a pas cru que ces textes renfermassent une défense absolue aux fidèles de se marier avec des infidèles; car dans son ouvrage, *de Conjug. Adult. lib.* 1, *cap.* 25, *n.* 31, le saint Docteur dit que ce texte, *cui vult nubat, tantùm in Domino*, peut s'entendre de deux manieres: *duobus modis accipi potest; aut christiana permanens, aut christiano nubens; non enim*, ajoute le saint Docteur, *tempore revelati Testamenti novi, in Evange-*

Digitized by Google

lio vel ullis Apostolicis litteris, sine ambiguitate declaratum esse recolo, utrum Dominus prohibuerit fideles infidelibus jungi; quamvis Beatissimus Cyprianus inde non dubitet, nec in levibus peccatis constituat jungere cum infidelibus vinculum matrimonii, atque id esse dicat prostituere gentilibus membra Christi.

Pareillement, dans le Livre *de fide & operibus cap.* 19, *n.* 35; après avoir dit que saint Cyprien regardoit les mariages des fidèles avec les infidèles, comme de très-grands péchés, qui avoient attiré la colere de Dieu, & les cruelles persécutions dont l'Eglise avoit été affligée, le saint Docteur ajoute, qu'on ne regarde plus ces mariages comme criminels, n'y ayant rien effectivement dans le Nouveau Testament qui en fasse une défense formelle: *quæ* (matrimonia cum infidelibus) *nostris temporibus jam non putantur esse peccata; quoniam reverà in novo Testamento, nihil inde præceptum est, & ideo aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum.*

244. Quoique les mariages des fidèles avec les infidèles ne fussent pas par eux-mêmes mauvais, & quoiqu'ils ne fussent pas absolument défendus par les Livres saints, néanmoins lorsqu'ils pouvoient être une occasion aux fidèles de

Digitized by Google

ſe pervertir, ils étoient mauvais dans ces circonſtances, & compris dans la défenſe générale que Jeſus-Chriſt nous fait dans l'Evangile, de nous abſtenir de tout ce qui peut nous être une occaſion de péché & de chûte : *ſi oculus tuus ſcandaliſat te, erue eum, & projice à te.*

Les mariages avec les infidèles ſe trouvoient ſouvent dans ces circonſtances être pour les fidèles qui les contractoient, une occaſion de chûte, ſur-tout dans les premiers ſiecles de l'Egliſe, où la partie fidelle avoit tout à craindre des ſollicitations de la partie infidelle, auxquelles celle-ci étoit portée, tant par l'averſion qu'on avoit alors pour le Chriſtianiſme, que par la tendreſſe conjugale qui la portoit à ſolliciter la partie fidelle à renoncer au chriſtianiſme pour ſe ſouſtraire aux perſécutions.

C'eſt pour cela que Tertullien, dans ſon ſecond livre à ſa femme, & S. Cyprien dans ſa lettre *de Lapſis*, s'élevent avec tant de force contre le mariage des fidèles avec les infidèles : le zèle qu'ils avoient pour les en empêcher, les porta même juſqu'à regarder ces mariages, comme étant mauvais en eux-mêmes, & défendus par les ſaintes Ecritures.

245. C'eſt par rapport au danger qu'il y avoit pour les fidèles de ſe marier avec

Digitized by Google

les infidèles, que plusieurs Conciles particuliers défendirent ces mariages.

Le Concile d'Elvire, tenu en 305, sous l'Empire de Constantius-Chlorus & de Galerius, canon 15, défend de donner des filles chrétiennes en mariage aux payens : *propter copiam puellarum, gentilibus minimè in matrimonium dandæ sunt virgines christianæ, ne ætas in flore tumens, in adulterio animæ resolvatur.*

Par le canon suivant, le Concile défend par la même raison aux parents de donner leurs filles aux hérétiques qui ne voudroient pas rentrer dans l'Eglise, ni aux Juifs; & en cas de contravention, il soumet les parents à une pénitence de cinq ans.

Le danger étant bien plus grand lorsque c'est à des Prêtres des Idoles que des filles sont données en mariage, le Concile ordonne qu'en ce cas les parents qui les leur ont données, seront privés de la communion, même à la mort : *si qui Sacerdotibus Idolorum filias suas junxerint, placuit nec in fine eis dandam esse communionem.* can. 17.

Le Concile d'Arles, tenu sous Constantin en 314, défend aussi les mariages des fidèles avec les infidèles, en soumettant à la pénitence les filles Chrétiennes qui les contractent : *de puellis fi-*

Digitized by Google

delibus quæ gentilibus junguntur, placuit ut aliquanto tempore à communione separentur. can. 11.

Le Concile de Laodicée (*) fait une distinction à cet égard, entre les Ecclésiastiques & les simples fidèles : il veut qu'il soit défendu sans distinction aux Ecclésiastiques, de donner leurs enfants en mariage à des hérétiques : *non oportet eos qui sunt Ecclesiæ, indiscriminatim suos filios hæreticis matrimonio conjungere.* Can. 10.

Quoique ces termes *eos qui sunt Ecclesiæ* τοὺς τῆς Ἐκκλησίας, puissent signifier tous les fidèles, néanmoins il paroît qu'ils sont pris ici seulement pour les Ecclésiastiques, puisqu'il y a un autre canon qui est le 31^e^, qui comprend les simples fidèles, où il est dit : *quod non oportet cum omni hæretico matrimonium contrahere, vel dare filios aut filias, sed magis accipere, si se christianos futuros profiteantur.* Le Concile n'a pas fait sans motif deux canons sur une même chose : il n'en paroît pas d'autre, sinon qu'il a cru qu'il seroit contre l'honneur du Cler-

(*) L'année de la tenue de ce Concile n'est pas certaine ; Fr. Pithou la rejette à l'an 364, ou 368. Binnius dans ses notes sur ce Concile, prétend qu'il est antérieur au grand Concile de Nicée, tenu en 325. *Voyez* lesdites notes au premier Tome du P. Labbe, *pag.* 1522.

Digitized by Google

gé, que les gens d'Eglise eussent des hérétiques pour leurs gendres ou leurs brus; c'est pourquoi il veut qu'il ne puisse leur être permis, pour quelque cause & pour quelque prétexte que ce soit, de donner leurs enfants en mariage à des hérétiques. A l'égard des autres fidèles, il ne leur défend pas de même *indiscriminatim* de marier leurs enfants à des hérétiques: il le leur permet lorsque c'est pour avoir chez eux l'hérétique à qui ils marient leur enfant, & que cet hérétique promet, ou au moins donne espérance de se convertir.

En Afrique, le troisieme Concile de Carthage, tenu l'an 397, avoit borné aux enfants des Ecclésiastiques, la défense des mariages des fidèles avec les payens & les hérétiques: *placuit ut filii vel filiæ Episcoporum vel quorumlibet clericorum, gentilibus vel hereticis vel schismaticis matrimonio non jungantur.*

A l'égard des autres fidèles, le mariage ne leur étoit pas défendu avec les infidèles, pourvu qu'il n'y eût pas lieu de craindre que ce mariage ne fût pour eux une occasion de se pervertir. C'est ce qui nous est attesté par Saint Augustin, *supràn.* 220.

Le Concile général de Chalcedoine, tenu l'an 451, sous l'Empereur Marcien,

Digitized by Google

dans la défense qu'il fait au canon 14^e. des mariages des fidèles avec les infidelles, & les hérétiques, ne comprend aussi que les Ecclésiastiques & les enfants des Ecclésiastiques. Il ordonne par ce canon que les Lecteurs & les Chantres, dans les provinces où il leur est permis de se marier, ne puissent se marier qu'à des Catholiques; & il leur défend de marier leurs enfants, ni à des hérétiques, ni à des Juifs, ni à des Payens, à moins qu'ils ne promissent de se convertir. Qu'il ne leur soit pas permis, dit le canon, *neque hæretico, vel judæo, vel gentili (liberos suos) matrimonio conjungere, nisi persona quæ ortodoxæ conjungitur, se ad orthodoxam fidem convertendam spondeat.*

Quoique le Concile de Chalcédoine eût borné sa défense aux Ecclésiastiques, cela n'empêcha pas des Eglises particulieres de conserver la discipline qu'elles observoient, de défendre généralement à tous les fidèles de se marier avec des infidèles ou des hérétiques, à moins que l'infidèle ou l'hérétique ne promît de se convertir; c'est pourquoi le Concile d'Agde, tenu l'an 506, & par conséquent depuis le Concile de Chalcédoine, défend en général aux fidèles de se marier avec des hérétiques, à moins qu'ils ne promettent de se convertir. Il

Digitized by Google

transcrit, pour cet effet, presque de mot à mot dans le soixante-septieme de ses canons, le trente-unieme de celui de Laodicée.

246. A l'exception de ces Eglises particulieres, il étoit laissé à la conscience des personnes qui vouloient se marier à des infidèles ou des hérétiques, ou à celle des parents qui vouloient donner en mariage leur enfants à des infidèles ou à des hérétiques, de se bien consulter avant que de s'y déterminer, & de bien examiner si selon les différentes circonstances il y avoit lieu de craindre que ce mariage ne fût pour le fidèle une occasion de péché ou de chûte; & lorsqu'eu égard aux circonstances & aux dispositions des parties, on avoit reconnu que bien-loin qu'il y eût lieu de craindre que ce mariage ne fût pour la partie fidèle une occasion de chûte, il y avoit au contraire lieu d'espérer qu'elle pourroit un jour gagner à la vraie religion la partie infidèle, on pouvoit très-licitement contracter le mariage.

Nous avons plusieurs exemples de ces mariages qui ont été suivis de la conversion de la partie infidèle. Saint Augustin nous apprend que Dieu accorda aux larmes & aux prieres de sa Mere sainte Monique, la conversion de Patrice son mari

Digitized by Google

qui étoit Payen. Sainte Clotilde obtint pareillement de Dieu par ſes prieres la converſion de Clovis ſon époux premier Roi Chrétien qui fut ſuivie de celle d'un grand nombre de Seigneurs & de Soldats François. La converſion d'Agilulphe, Prince Arien, Roi des Lombards qui conquit ſur la fin du ſixieme ſiecle une grande partie de l'Italie, fut due aux prieres & aux ſoins de ſa femme Théodelinde, auſſi-bien que celle d'un grand nombre des Lombards, qui étoient ou Payens ou Ariens. Baronius, *tom.* 8, *ſur l'an* 591, *n.* 49 *&* 50.

247. Obſervez que les Conciles dont nous avons rapporté les canons, en défendant aux fidèles de ſe marier avec des infidèles ou des hérétiques, ſe bornoient à prononcer des peines canoniques contre les fideles qui les contractoient; mais ne déclaroient pas nuls ces mariages. L'Egliſe alors, comme nous l'avons obſervé, *ſuprà n.* 21 *&* 22, ne reconnoiſſoit d'autres empêchements dirimants de mariage, que ceux établis par les loix divines, ou par les loix des Princes ſéculiers.

Les ſecond & troiſieme Conciles d'Orléans, tenus dans le ſixieme ſiecle, l'un l'an 533, l'autre l'an 538, pourroient peut-être paroître déclarer nuls les mariages des Chrétiens avec les Juifs, en ce

Digitized by Google

qu'ils ordonnent à ceux qui les ont contractés, de se séparer. Le second Concile d'Orléans, au canon 19, dit : *placuit ut nullus Christianus Judæam, neque Judæus Christianam ducat uxorem, quare inter hujusmodi personas, illicitas nuptias esse censemus, qui si commoniti, à consortio hoc se separare distulerint, á communionis gratiá sunt sine dubio summovendi.*

Le troisieme dit au canon 13. *Christianis interdicit ne Judæorum conjugiis misceantur, quod si fuerint, usque ad sequestrationem quisquis ille est communione pellatur.*

On peut répondre que la séparation que ces Conciles ordonnent, n'est qu'une séparation d'habitation pour le temps que devra durer la pénitence à laquelle les contractants seront soumis, pour avoir contrevenu à la défense de l'Eglise. En effet, ils ne déclarent pas nuls ces mariages; ils les déclarent seulement illicites; l'un des canons dit, *inter hujusmodi personas, ILLICITAS nuptias esse censemus*; il ne dit pas *invalidas*.

248. A l'égard des loix des Empereurs sur cette matiere, nous n'en avons que deux. L'Empereur Constance défendit par une loi aux Juifs, à peine de mort, de se marier à des femmes Chrétiennes. C'est la loi sixieme, *cod. Theodos. de Judæis, &c.*

Les Empereurs Valentinien, Théo-

Digitized by Google

doſe & Arcade défendirent, non-ſeulement le mariage d'un Juif avec une Chrétienne; mais pareillement celui d'un Chrétien avec une femme Juive, ſous la même peine que celle de l'adultere. (*) *L. 2, cod. Theod. de nupt. & l. 61, cod. Theod. ad l. Jul. de adult.*

Juſtinien n'a pas inſéré ces loix dans ſon code; ce qui prouve qu'elles n'étoient plus obſervées. Il paroît qu'elles ne l'étoient plus, même dès le temps du Concile de Chalcédoine, tenu ſous l'Empereur Marcien; puiſque ce Concile, en défendant aux Eccléſiaſtiques de marier leurs enfants à des hérétiques, *des Juifs*, ou des Payens, ajouſe, à moins qu'ils ne promiſſent de ſe convertir.

249. Ces loix ne concernoient que les Juifs; les mariages des Chrétiens avec les Payens n'étoient pas défendus, ainſi que nous l'atteſte ſaint Auguſtin, qui étoit contemporain de l'Empereur Valentinien. Néanmoins l'Auteur des Conférences de Paris, & celui du Traité ſur le mariage de 1753, ont cru trouver dans la loi unique, *cod. Theod. de nupt. gentil.* une défenſe des mariages des Chrétiens avec les Payens; mais ces Auteurs n'ont pas entendu cette loi. Il n'y eſt pas queſtion de

(*) Qui étoit alors la peine de mort, ſuivant la loi de Conſtantin.

Digitized by Google

différence de religion. Valentinien & Valens y défendent le mariage entre les Romains & les étrangers : il y est dit : *Nulli provincialium cum barbarâ sit uxore conjugium, nec ulli gentilium provincialis fœmina copuletur.* Il est défendu par cette loi aux Romains qui y sont appellés *Provinciales*, c'est-à-dire, aux peuples des provinces sujettes à l'Empire Romain, de s'allier par mariage avec les étrangers qui y sont appellés du nom *de Barbares* & *de Gentils*, tels qu'étoient alors les Francs, les Sarmates, les Sueves, &c. *Voyez* le Commentaire de Jacques Godefroi sur cette loi.

250. La plus ancienne loi qui ait prononcé la nullité des mariages des Catholiques avec les hérétiques en général, de quelque secte qu'ils fussent, c'est le soixante-douzieme canon du Concile tenu à Constantinople l'an 692, dans la salle du dôme du Palais de l'Empereur, appellé pour cela le Concile *in Trullo*, ou autrement le Concile *Quini-sextum*, parce qu'il avoit été assemblé pour servir de supplément au cinquieme & au sixieme Conciles. Il y est dit : *non licere virum cum muliere hæreticâ conjungi ; neque ortodoxam cum viro hæretico copulari ; si quod hujusmodi à quopiam factum apparuerit, irritas nuptias existimare, & nefarium conjugium dissolvi*, &c.

Digitized by Google

Ce Concile que l'Empereur Juſtinien Second avoit aſſemblé & qui étoit compoſé d'Evêques, pour la plûpart Monothélites, fut regardé dans l'Egliſe Latine comme un Conciliabule, auquel Sergius qui occupoit alors le Siege de Rome, refuſa d'adhérer, nonobſtant les ordres & les menaces de l'Empereur; c'eſt pourquoi les canons qui ont été faits dans ce Concile, quoique placés par les Grecs à la fin du ſixieme Concile général duquel on vouloit faire regarder ce Concile comme un ſupplément, n'ont eu par eux-mêmes aucune autorité dans l'Egliſe Latine, qui n'en a reçu que ce qu'elle a trouvé de conforme à ſa diſcipline. Ce canon 72, qui déclaroit nuls les mariages des fideles avec les hérétiques, & qui en cela étoit contraire à ſa diſcipline, n'a pu y être reçu.

251. Depuis, on a continué de regarder les mariages des fideles avec les hérétiques, comme dangereux, & en cela mauvais, même comme défendus. Mais je ne connois aucune loi ſéculiere en France, ni aucun canon qui les ait déclarés nuls avant l'Edit de Louis XIV du mois de Novembre 1680.

Le Roi, par le préambule de cet Edit, s'explique ainſi; les canons des Conciles ayant condamné les mariages des Catholiques avec les hérétiques, comme un ſcan-

Digitized by Google

dale public & une profanation du Sacrement, nous avons estimé d'autant plus nécessaire de les empêcher à l'avenir, que nous avons reconnu que la tolérance de ces mariages expose les Catholiques à une tentation continuelle de se pervertir, *&c.* Ensuite il est dit par le dispositif: Voulons & Nous plaît *qu'à l'avenir* nos sujets de la religion Catholique Apostolique & Romaine ne puissent, sous quelque prétexte que ce soit, contracter mariage avec ceux de la religion prétendue réformée: déclarant tels mariages non-valablement contractés, & les enfants qui en viendront, illégitimes, *&c.*

N'y ayant plus aujourd'hui qu'une religion en France, les mariages n'y pouvant être valablement contractés qu'en face d'Eglise, & les personnes qui les contractent étant par conséquent présumées Catholiques; cet Edit ne peut plus avoir aujourd'hui d'application.

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

Des Dispenses qu'on accorde des Empêchements de Mariage, qui se rencontrent dans les personnes.

NOUS verrons sur cette matiere, 1°. à qui appartient le pouvoir d'accorder des dispenses pour les mariages. 2°. Quels sont les especes d'empêchements pour lesquels on en peut accorder. 3°. Nous établirons des principes sur la concession des dispenses. 4°. Nous parcourerons les différentes causes qu'on a coutume de proposer pour obtenir les dispenses de parenté & d'affinité. 5°. Nous traiterons de la forme, tant des dispenses, que de la supplique pour les obtenir, & de leur fulmination.

ARTICLE PREMIER.

A qui appartient le Pouvoir d'accorder des Dispenses des Empêchements de Mariages.

252. Les plus anciens empêchements de mariage de droit positif ayant été établis par la puissance séculiere, c'est à cette puissance à qui il appartenoit d'en dispen-

Digitized by Google

ſer, car le légiſlateur a ſeul le droit de diſpenſer de ſa loi.

Par exemple, l'empêchement de mariage qui étoit chez les Romains entr'un homme de condition honnête, & une femme qui avoit fait le métier de Comédienne, étoit un empêchement établi par la loi civile. Juſtinien par la loi 23, *cod. de nupt.* permet à ces femmes, après avoir quitté cet état, de s'adreſſer à lui pour obtenir diſpenſe de cet empêchement.

L'empêchement de mariage pour cauſe de parenté entre couſins-germains ayant été établi par la loi de Théodoſe le Grand, & par conſéquent par la puiſſance ſéculiere, c'étoit aux Empereurs à qui on devoit s'adreſſer pour obtenir la diſpenſe de cet empêchement. C'eſt ce que nous apprenons de la conſtitution d'Arcade & d'Honorius, telle qu'elle eſt rapportée en la loi unique, *cod. Theod. ſi nupt. ex reſcrip. pet.*

Ces Empereurs après avoir, par le commencement de cette loi, défendu de s'adreſſer à eux pour avoir diſpenſe d'épouſer des filles, ſans avoir leur libre conſentement & celui de leurs parents, & après avoir déclaré nulles & obreptices telles diſpenſes, ſi elles étoient obtenues, permettent enſuite dans le cas auquel toutes les parties conſentent au mariage, de s'a-

Digitized by Google

dreſſer à eux pour obtenir des diſpenſes, s'il eſt par eux jugé à propos, des autres empêchements de mariages, & notamment de celui qui réſulte de la loi de l'Empereur leur pere de triomphante mémoire, qui a défendu le mariage entre couſins-germains; duquel empêchement, diſent-ils, leur pere n'avoit pas défendu par ſa loi de lui demander diſpenſe : *Exceptis his quos conſobrinorum, hoc eſt quarti gradûs conjunctionem lex triumphalis memoriæ patris noſtri, exemplo indultorum ſupplicare non vetavit.*

On ne voit pas que perſonne ait penſé alors, que les Empereurs en ſe réſervant d'accorder ces diſpenſes, aient excédé leur pouvoir, & entrepris ſur celui de la puiſſance eccléſiaſtique.

Le Roi Théodoric uſoit auſſi du pouvoir qu'ont les Princes d'accorder des diſpenſes des empêchements de mariage qu'ils ont établis. Caſſiodore, *Variorum, lib.* 7, *cap.* 46, nous rapporte la formule d'une diſpenſe pour un mariage entre couſins-germains.

253. L'Egliſe ayant le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 19, elle a auſſi le pouvoir d'accorder des diſpenſes de ceux qu'elle a établis.

Les Proteſtants ont conteſté à l'Egliſe

Digitized by Google

l'un & l'autre de ces droits; ils ont prétendu qu'elle n'avoit pas le droit d'établir des empêchements dirimants de mariage, & qu'en conséquence elle n'avoit pu étendre la défense des mariages pour cause de parenté ou d'affinité, au delà des degrés qui sont compris dans la loi du Lévitique. Ils ont, d'un autre côté, prétendu que l'Eglise n'avoit pas le droit d'accorder des dispenses des empêchements de mariages.

C'est contre cette doctrine des Protestants qu'a été fait le troisieme canon de la vingt-quatrieme session du Concile de Trente, où il est dit: *Si quis dixerit eos tantùm consanguinitatis & affinitatis gradus qui in Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum & contractum dirimere, nec posse Ecclesiam in nonnullis eorum dispensare, aut constituere ut plures impediant aut dirimant, anathema sit.*

254. Je souscris très-sincérement à ce canon; je ferai seulement une observation. Quoique l'Eglise aie un droit incontestable d'accorder des dispenses des empêchements de mariage qu'elle a établis, & qu'en conséquence les personnes en qui ils se rencontrent, doivent pour contracter mariage, obtenir des Supérieurs ecclésiastiques ces dispenses; néanmoins comme

Digitized by Google

les Princes, en adoptant les canons qui ont établi ces empêchements, ont fait de ces canons des loix de leurs Etats, qui forment des empêchements dirimants de mariage, les dispenses que ces personnes en qui ils se rencontrent, obtiennent du Supérieur ecclésiastique, ne sont suffisantes qu'en tant qu'elles se trouvent autorisées par le Prince séculier, au moins tacitement. Le Prince en permettant & souffrant que ses sujets contractent mariage en vertu de ces dispenses, est censé déclarer tacitement qu'il veut bien sur ces dispenses s'en rapporter aux Supérieurs ecclésiastiques, & confirmer & autoriser les dispenses que les Supérieurs ecclésiastiques accordent.

255. Observez aussi que quoique l'empêchement de parenté entre cousins-germains ait été établi par une loi de Théodose, & celui de l'alliance spirituelle par une loi de Justinien, & par conséquent par la puissance séculiere, ils sont néanmoins regardés comme des empêchements de discipline ecclésiastique, pour la dispense desquels il est d'usage de se pourvoir devant les Supérieurs ecclésiastiques: la raison est que les peuples qui se sont établis sur les débris de l'Empire Romain, n'ayant jamais été soumis aux loix des Empereurs Romains, ne se sont soumis à ces empêchements de mariage, lorsqu'ils

Digitized by Google

ont embraſſé la religion Chrétienne, que parce que ces empêchements ſe trouvoient faire partie de la diſcipline de l'Egliſe.

256. Chaque Evêque a-t-il dans ſon Diocèſe le droit d'exercer le pouvoir qu'a l'Egliſe de diſpenſer des empêchements de mariage : ou ce droit eſt il réſervé au Pape ſeul ? Fra-Paolo, dans ſon hiſtoire du Concile de Trente, nous apprend que les Evêques François & Eſpagnols demanderent, que dans les canons qui parleroient des diſpenſes, il fût dit qu'elles ſeroient accordées par les Evêques ; mais que les Italiens s'y oppoſerent de toutes leurs forces, & dirent que le but de ces Evêques étoit de ſe faire autant de Papes, & & de ſe rendre indépendants du Saint Siege. La queſtion ne fut pas décidée ; on évita d'exprimer dans les canons du Concile, par qui les diſpenſes ſeroient accordées.

Le Concile, en la ſeſſion 25, *cap.* 18, dit en termes généraux que lorſqu'il y a lieu à la diſpenſe, elle doit être accordée par ceux à qui il appartient de l'accorder : *Si urgens juſtaque ratio.... poſtulaverit ut cum aliquibus diſpenſandum eſſet, id cauſâ cognitâ ac ſummâ maturitate, atque gratis, A QUIBUSCUMQUE AD QUOS DISPENSATIO PERTINEBIT ERIT PRÆSTANDUM.*

Digitized by Google

Ce pouvoir à le considérer en lui-même, (abstraction faite de ce que l'usage a pu donner à cet égard au Pape) est du droit Episcopal, qui de droit commun appartient à chaque Evêque dans son Diocèse. Les Apôtres ont transmis aux Evêques leurs successeurs, tout le pouvoir qu'ils avoient reçu de Jesus-Christ pour le gouvernement de l'Eglise : chaque Evêque, de droit commun, doit jouir de tout ce pouvoir pour le gouvernement de son Diocèse ; delà il suit que chaque Evêque est dans son Diocèse le Juge naturel de l'étendue que doivent avoir les canons, & des cas auxquels ils doivent souffrir exceptions, & dans lesquels on peut par conséquent en accorder la dispense.

Il est pareillement constant qu'il n'y a aucun canon en aucun temps, qui ait réservé au Pape, à l'exclusion des Evêques, le pouvoir d'accorder des dispenses des empêchements de mariage.

A l'égard de l'usage, il n'a pas été le même par-tout ; nous avons en France plusieurs Diocèses dans lesquels les Evêques se sont maintenus dans la possession d'accorder aux personnes de leurs Diocèses des dispenses des empêchements de parenté & d'affinité au troisieme & au quatrieme degrés. Tels sont au rapport de l'Auteur des Conférences de Paris, le

Digitized by Google

Diocèse de Paris, celui de Châlons-sur-Marne, tous les Diocèses des Provinces de Guyenne & de Languedoc, & plusieurs autres Diocèses du Royaume.

Il ne peut être douteux à l'égard de ces Diocèses, que les Evêques n'y aient le droit d'accorder ces dispenses, puisqu'ils réunissent pour cela le droit que l'Episcopat leur donne, & la possession de ce droit.

Il est vrai que même dans ces Diocèses le Pape peut aussi accorder ces dispenses aux parties qui s'adressent à lui ; la longue possession en laquelle il est de les accorder lui donne ce droit de concurrence.

257. Il y a un grand nombre d'autres Diocèses en France dans lesquels le Pape est seul en possession d'accorder toutes les dispenses de parenté, d'affinité & autres; & dans lesquels il n'y a pas de mémoire que les Evêques aient jamais accordé ces dispenses, si ce n'est aux pauvres. C'est à l'égard de ces Evêques qu'il y a lieu à la question de sçavoir si le Pape n'a pas acquis par prescription, un droit exclusif d'accorder dans ces Diocèses les dispenses des empêchements de mariage.

On dit pour le Pape, qu'un usage qui ne renferme rien qui soit défendu par le droit naturel ou divin, sur-tout lorsqu'il est fondé en quelque raison, est une loi

Digitized by Google

non-écrite, qui n'a pas moins de force qu'une loi écrite : *mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta.*

C'est pourquoi, quoiqu'il n'y ait aucune loi ecclésiastique écrite qui ait réservé expressément au Pape le pouvoir d'accorder les dispenses des empêchements de mariages, l'usage immémorial dans lequel est le Pape d'accorder dans ces Diocèses les dispenses à l'exclusion des Evêques, tient lieu d'une Loi ecclésiastique écrite qui le lui auroit réservé. Cet usage est (dit on) fondé en raison, en ce qu'en rendant les dispenses plus difficiles à obtenir, il empêche la discipline ecclésiastique de recevoir à cet égard de trop fréquentes atteintes.

On ajoute que dans ces Diocèses, les Evêques ont constamment reconnu ce droit exclusif qu'a le Pape d'accorder les dispenses des empêchements de mariage, non-seulement en s'abstenant d'en accorder aucune, si ce n'est à des pauvres, mais encore en souffrant que leurs Officiaux fulminent les dispenses que le Pape leur adresse : plusieurs même l'ont reconnu formellement dans leurs statuts synodaux. Nous en avons un dans notre Diocèse d'Orléans de M. d'Elbene dans le dix-septieme siecle, où il est dit : *In impedimentis quæ dirimunt matrimonium, ubi*

Digitized by Google

dispensationi locus est, autoritate tantùm Apostolicâ dispensatur, cod. stat. Aurel. tit. de matrim. pag. 5.

Il y a des Evêques à qui le Pape donne des indults pour accorder les dispenses de parenté ou d'affinité. Ces Evêques en recevant ces indults, reconnoissent bien formellement que le droit d'accorder ces dispenses, appartient au Pape seul, & qu'ils ne l'ont pas par eux-mêmes : enfin le Concile de la Province de Tours, assemblé en 1583, déclare expressément au titre *de matrimonio* : *in quarto consanguinitatis & affinitatis necnon spiritualis cognationis prohibitis gradibus suprà expressis, Episcopis dispensare non licere declaramus.*

On dit au contraire pour les Evêques, que c'est un principe qu'un droit qui consiste dans une faculté qu'on a de droit commun, n'est pas sujet à prescription : par exemple, le droit qu'a le propriétaire d'un héritage tenu en fief de chasser sur cet héritage, ne se perd pas par la prescription ; quand même ce propriétaire ni ses prédécesseurs n'auroient jamais de mémoire d'homme, usé de cette faculté ; le Seigneur de qui relève ce fief qui y auroit chassé, ne pourroit pas prétendre avoir acquis par prescription le droit d'y chasser à l'exclusion de ce propriétaire. Suivant ce principe, le droit qu'a un Evêque d'accorder

Digitized by Google

order dispense des empêchements de mariage, étant une faculté qu'il a de droit commun comme Evêque, ne doit pas être sujet à prescription; d'autant plus que ces dispenses ne devant s'accorder que très-rarement & pour de grandes causes, si lui ni ses prédécesseurs pendant un temps immémorial n'ont pas accordé de dispenses, il a pu se faire que le cas ne se soit pas présenté: on ne doit donc pas imputer à négligence s'ils n'ont pas usé de leur droit; c'est plutôt un effet de leur exactitude à observer les canons, & il seroit injuste que cette exactitude leur fît perdre leur droit.

On peut encore dire, pour les Evêques contre lesquels on prétend que le Pape a acquis par prescription le droit exclusif d'accorder des dispenses, que ces Evêques sont en possession d'en accorder aux pauvres; que par celles qu'ils accordent aux pauvres, ils se conservent la possession du droit que l'Episcopat leur donne d'accorder ces dispenses, & par conséquent aux riches aussi-bien qu'aux pauvres; car le droit d'accorder aux riches des dispenses, n'est pas un droit différent de celui de les accorder aux pauvres, c'est un seul & même droit. Les Evêques, par les dispenses qu'ils accordent aux pauvres, se conservent donc

Digitized by Google

la poſſeſſion du droit qu'ils ont de les accorder, & ſans différence des perſonnes, ſoit aux riches, ſoit aux pauvres.

Quant à ce qu'on dit que les Evêques ont reconnu continuellement le droit du Pape, en ſouffrant que leurs Officiaux fulminaſſent les diſpenſes que le Pape leur adreſſe, il eſt facile de répondre que les Evêques reconnoiſſent par-là ſeulement le droit qu'a le Pape, concurremment avec les Evêques, d'accorder ces diſpenſes aux perſonnes qui s'adreſſent à lui, mais non pas le droit excluſif qu'on lui attribue.

A l'égard de l'argument, tiré de ce que pluſieurs Evêques ont reconnu ce droit excluſif, on répond que cette reconnoiſſance que ces Evêques, par ignorance de leurs droits, ont faite de ce droit excluſif qu'on attribue au Pape, ne doit pas préjudicier à leurs ſucceſſeurs, ni encore moins aux autres Evêques, qui ſans renoncer à leur droit, n'en ont pas uſé. Le fait de pluſieurs de leurs collegues, qui ſont en poſſeſſion d'uſer de ce droit, doit plutôt le conſerver aux Evêques qui n'en ont pas uſé, que le fait de ceux qui par ignorance y ont renoncé, ne doit le leur faire perdre.

On a coutume auſſi d'allégues ſur cette matiere, un Arrêt du 11 Février 1638,

Digitized by Google

qui eſt au Recueil de Bardet, *l.* 7, *ch.* 12, par lequel, ſur l'appel comme d'abus d'une diſpenſe accordée par l'Evêque de Poitiers, qu'on prétendoit n'avoir pas ce pouvoir, la Cour mit les parties hors de Cour. Mais on ne peut gueres tirer avantage de cet Arrêt; paroiſſant par ce que Bardet rapporte du plaidoyer de M. Talon, ſur les concluſions duquel l'Arrêt eſt intervenu : que les parties, à qui cette diſpenſe avoit été accordée, étoient pauvres, & qu'elle n'avoit été accordée que depuis le mariage contracté de bonne foi, pour un empêchement qui n'avoit été connu que depuis.

Il me ſuffit d'avoir rapporté ce qu'on a coutume de dire pour & contre. Il ne m'appartient pas de dire mon avis ſur une queſtion de cette importance.

258. Dans les Diocèſes où les Evêques ſe ſont maintenus dans la poſſeſſion d'accorder les diſpenſes des empêchements de parenté & d'affinité au troiſieme & au quatrieme degré, leurs Vicaires Généraux peuvent-ils les accorder lorſque l'Evêque ne s'eſt pas réſervé ce droit? L'Auteur des Conférences de Paris en fait une queſtion; mais je n'y vois pas l'ombre de difficulté. Ce droit, dans la poſſeſſion duquel ces Evêques ſe ſont maintenus, fait partie des droits

Digitized by Google

de la juriſdiction ordinaire attachée à l'Epiſcopat ; or, c'eſt un principe de droit, que tout ce qui fait partie de la juriſdiction ordinaire, paſſe au délégué ; ſauf ce que le déléguant en auroit excepté & ſe ſeroit réſervé.

259. Par la même raiſon, dans ces Diocèſes, les Vicaires-Généraux du Chapitre, *ſede vacante*, peuvent accorder ces diſpenſes. Les Officiaux ne peuvent les accorder ; car ce n'eſt que la juriſdiction contentieuſe qui leur eſt déléguée.

260. Lorſqu'un Evêque n'accorde les diſpenſes qu'en vertu d'un indult du Pape, ſes Vicaires-Généraux peuvent-ils les accorder ? d'Hericourt, *p.* 1, *ch.* 2, *n.* 13, décide qu'ils le peuvent. Sa déciſion me paroît contraire aux principes de Droit : l'Evêque n'étant lui-même par cet indult, qu'un délégué du Pape, il ne peut pas déléguer à ſes Vicaires-Généraux la juriſdiction qui lui a été déléguée : *mandatam ſibi juriſdictionem mandare alteri neminem poſſe manifeſtum eſt*, l. 5, ff. de off. ejus cui mand. *more majorum ita comparatum eſt, ut is demum juriſdictionem mandare poſſit, qui eam ſuo jure non alieno beneficio haberet*, l. 5, ff. de juriſd. *quæ peculiariter.... tribuuntur mandatâ juriſdictione non transferuntur, quæ vero jure ma-*

Digitized by Google

giſtratûs competunt, (c'eſt-à-dire, les ſeules choſes qui ſont partie de la juriſdiction ordinaire) *mandari poſſunt*, l. 1, ff. de off. ejus cui mand.

261. Les Chapitres, Abbés & autres, qui ont une juriſdiction *quaſi-Epiſcopale* dans un certain territoire, peuvent-ils accorder diſpenſe des empêchements de mariage dans les Diocèſes où les Evêques ſe ſont maintenus en poſſeſſion de les accorder ? Il eſt certain qu'ils ne le peuvent, s'ils n'en ſont en poſſeſſion ; & même dans le cas où ils auroient une poſſeſſion, il y auroit lieu d'en douter: ces juriſdictions *quaſi-Epiſcopales*, ſont très-défavorables.

ARTICLE II.

Pour quelles eſpeces d'Empêchements peut-on obtenir Diſpenſe.

262. Il eſt évident qu'on ne peut obtenir diſpenſe pour les eſpeces d'empêchements qui ont leur fondement, ou dans la nature même du mariage, ou dans le droit naturel ou divin, ou dans l'honnêteté publique.

Pour ſçavoir plus particuliérement, quelles ſont les différentes cauſes d'empêchements pour leſquelles on peut, ou

Digitized by Google

non, obtenir dispense, nous allons sommairement les parcourir toutes.

Nous avons rapporté dans la premiere section, six causes d'empêchements dirimants, que nous avons appellés absolus; sçavoir, le défaut de raison, le défaut de puberté, l'impuissance, l'engagement d'un mariage subsistant, l'engagement dans les Ordres sacrés, & la Profession religieuse.

Les quatre premieres especes de ces empêchements étant fondées dans la nature même du mariage, il est évident qu'on ne peut en obtenir dispense.

263. Quoique l'empêchement que forment les Ordres sacrés, ne soit que de droit positif; néanmoins on n'a pas coutume d'en accorder la dispense: les Papes l'ont accordée quelquefois à des Princes pour le bien d'un Etat. On l'accorde aussi quelquefois à des particuliers, lorsqu'ils n'ont pas monté plus haut qu'au Sous-diaconat, sur-tout lorsqu'ils y ont été engagés par contrainte.

264. La dispense de l'empêchement de la Profession religieuse peut encore moins s'obtenir.

Quand même le Pape auroit dispensé un Religieux de ses vœux, & lui auroit permis de se marier, ce Religieux, qui par sa Profession religieuse, a perdu l'état

Digitized by Google

civil, & qui eſt regardé dans l'ordre civil comme mort, & comme n'exiſtant point, ne pourroit pas contracter un mariage qui eût les effets civils; car l'état civil étant de l'ordre politique, la puiſſance du Pape, qui eſt toute ſpirituelle, & qui ne peut être exercée en France ſur le temporel, & ſur les choſes qui ſont de l'ordre politique, ne peut pas rendre à ce Religieux, par la diſpenſe qui lui ſeroit accordée de ſes vœux, l'état civil qu'il a perdu : il n'y a que le Roi qui puiſſe alors le rendre à ſes ſujets.

Le cas d'un Religieux qui a obtenu une Sentence de l'Official de ſon Diocèſe, qui déclare nuls les vœux de religion qu'il a faits, eſt un cas très-différent. L'Official étant, ſuivant nos loix, compétent pour juger de la validité ou invalidité des vœux, qui eſt une matiere ſpirituelle, la Sentence de cet Official fait une foi juridique, que la Profeſſion religieuſe de ce prétendu Religieux, n'a pas été valablement faite; d'où on tire la conſéquence qu'il n'a jamais perdu l'état civil, qui ne peut ſe perdre que par une Profeſſion religieuſe valablement faite; & par conſéquent, rien n'empêche que cette perſonne, qui n'a été Religieux qu'en apparence *habitu tenùs*, &

Digitized by Google

qui ne l'a jamais été véritablement, ne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils.

L'Official ne rend pas à cette personne l'état civil qu'elle n'a jamais perdu : il ne prononce pas même directement sur l'état civil de cette personne, qui n'est pas de sa compétence : il ne prononce que sur l'invalidité des vœux ; & ce n'est que par une conséquence qu'on tire de la Sentence, qu'on juge que cette personne n'a jamais perdu l'état civil.

265. Passons maintenant aux neuf différentes especes d'empêchements, dont nous avons traité dans la seconde section. La premiere est celle de la parenté.

Il faut, à l'égard de la parenté, distinguer les lignes & les degrés.

Il est évident que les empêchements de parenté dans la ligne directe, en quelque degré que soit la parenté, n'est pas susceptible de dispense ; cet empêchement ayant son fondement dans le droit naturel, qui a fait regarder chez toutes les nations comme incestueuse, l'union des personnes qui se touchent de parenté dans cette ligne.

266. A l'égard de la parenté de la ligne collatérale, on n'accorde pas de dispense pour le mariage du frere & de la

Digitized by Google

sœur ; cet empêchement étant fondé dans le droit naturel & dans la loi du Lévitique, qui défend ce mariage, comme nous l'avons vu, *suprà*, *n.* 133.

267. Le mariage du neveu avec sa tante, ne paroît pas non plus susceptible de dispense : il est expressément défendu par la loi du Lévitique, comme nous l'avons vu, *suprà n.* 133, & le respect que le neveu doit à sa tante, ne permet pas qu'elle devienne sa femme, & qu'elle soit en cette qualité soumise à sa puissance.

268. Il pourroit sembler que le mariage de l'oncle avec sa niece, ne devroit pas non plus être susceptible de dispense. Quoiqu'il ne soit pas expressément défendu par la loi du Lévitique, comme l'est celui de la tante avec son neveu ; néanmoins la même raison paroît se rencontrer.

La raison que le Lévitique a exprimée pour défendre le mariage de la tante avec son neveu, est parce que la tante étant la sœur du pere ou de la mere du neveu, elle est un même sang avec le pere ou la mere de son neveu : *turpitudinem sororis patris tui non discooperies, quia caro est patris tui ; turpitudinem sororis matris tuæ non revelabis, eo quod caro sit matris tuæ ;* or cette raison se rencon-

Digitized by Google

tre à l'égard du mariage de l'oncle avec sa niece ; l'oncle étant le frere du pere ou de la mere de sa niece, il est une même chair avec le pere ou la mere de sa niece.

Ajoutez que ce mariage a été regardé constamment, même dès le temps du Paganisme, comme contraire au droit naturel, comme nous l'avons vu, *suprà*, *n.* 134.

L'Empereur Zénon, en la loi 2, *cod. ſi nupt. ex reſcr. pet.* appelle ce mariage *nefandum ſcelus* : il défend de lui demander dispense pour le contracter : *precandi quoque in posterùm super tali conjugio, imo potius contagio, cunctis licentiam denegamus.*

Nous avons néanmoins des exemples de dispenses accordées pour le mariage de l'oncle avec la niece. Le Pape Alexandre IV, dans le treizième siecle, accorda cette dispense à Waldemare, Roi de Suède, pour épouser Sophie, fille de Eric, (ou Henri) Roi de Dannemarck, son frere. Otto qui rapporte ce fait, *Hiſt.* 19, *cap.* 18, remarque que ce Pape eut bien de la peine à accorder cette dispense qu'il avoit d'abord refusée, & qu'il ne se détermina à l'accorder, que par la considération des grands avantages qui en devoient résulter pour les deux Royaumes.

Digitized by Google

Un autre exemple célèbre, est celui de la dispense accordée à Philippe II, Roi d'Espagne, pour épouser en quatriemes noces, Anne d'Autriche, fille de l'Empereur Maximilien son frere.

Ces dispenses depuis sont devenues fréquentes, & nous avons sous nos yeux des exemples de semblables dispenses accordées à de simples bourgeois. Il ne nous appartient pas d'y trouver à redire.

269. Quoique le Concile de Trente eût défendu d'accorder des dispenses pour le mariage des cousins-germains, si ce n'est à de Grands Princes, & pour des raisons d'Etat : *in secundo gradu nunquam dispensetur, nisi inter magnos principes & ob publicam causam*, sess. 24, cap. 5, tit. *de reform. matrim.* Néanmoins il est d'usage aujourd'hui en Cour de Rome, d'accorder dispenses pour le mariage des cousins-germains, à tous ceux qui les demandent.

On accorde, à plus forte raison, des dispenses pour le mariage des cousins qui sont en degré plus éloigné.

270. Quant à la seconde espece d'empêchement qui est l'affinité, il faut de même qu'à l'égard de la parenté, distinguer les lignes & les degrés. Il est évident que l'empêchement d'affinité dans la ligne directe, en quelque degré

Digitized by Google

que ce soit, n'est pas susceptible de dispense ; cet empêchement ayant, comme nous l'avons vu, son fondement dans la loi naturelle & dans la loi du Lévitique.

A l'égard de l'affinité de la ligne collatérale, quoique la loi du Lévitique défende expressément le mariage d'un frere avec la veuve de son frere, néanmoins nous avons un célebre exemple de dispense accordée dans ce cas ; c'est celui de la dispense accordée par Jules II à Henri VIII, Roi d'Angleterre, pour épouser Catherine d'Arragon, veuve de son frere Arthus. Nous avons encore depuis, l'exemple de la dispense accordée par le Pape Innocent X, à Casimir Roi de Pologne, pour épouser Marie de Gonzague, veuve de son frere Uladislas.

On dit pour autoriser ces dispenses, que les mariages de Catherine d'Arragon avec Arthus, & celui d'Uladislas, n'avoient pas été consommés ; ce qui les met hors du cas de la loi portée au Lévitique, qui ne paroît défendre d'épouser la veuve de son frere, que lorsqu'elle avoit consommé le mariage, comme le font entendre ces termes : *turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est.*

On en accorde pour toutes les autres especes d'affinité de la ligne collaté-

Digitized by Google

rale. L'Auteur du Journal des Audiences nous rapporte l'espece d'un Arrêt du 22 Janvier 1683, rendu sur l'appel comme d'abus interjetté d'une dispense accordée en Cour de Rome au Sieur Vaillant, Médecin de Beauvais, pour épouser la sœur de sa défunte femme; quoique les raisons contre la dispense, qui nous sont rapportées par l'Auteur, fussent très-fortes; néanmoins la Cour, par Arrêt du 23 Février 1683, confirma le mariage; depuis on a accordé beaucoup d'autres semblables dispenses, & les exemples en sont devenus fréquents. Nous avons à Orléans l'exemple d'un particulier qui a obtenu des dispenses pour épouser successivement les deux sœurs. On dit pour les autoriser, que la loi du Lévitique 18, 18, défendoit aux Juifs d'avoir pour femmes les deux sœurs en même temps: *sororem uxoris tuæ in pellicatum illius non adduces, nec revelabis turpitudinem ejus* ADHUC ILLA VIVENTE: d'où on conclut qu'elle ne défend pas au moins expressément de les épouser successivement.

Saint Basile pensoit bien différemment, lui qui dans une de ses lettres à Diodore, qui est la 197^e. dans l'édition de Paris de 1638, dit que demander si on peut épouser la sœur de sa défunte femme, est une demande qui fait horreur: *interrogatus à quoquam liceat ne de-*

Digitized by Google

mortuæ uxoris sororem matrimonio ducere, ab eâ quæstione non abhorruerit ; enſuite il rapporte l'objection qu'on faiſoit tirer de ces termes *adhuc illâ vivente*, pour en conclure qu'il n'eſt pas défendu d'épouſer les deux ſœurs ſucceſſivement, & il nie cette conſéquence.

Nous avons à Orléans un exemple de diſpenſe accordée à un homme pour épouſer la veuve de ſon oncle paternel, quoique cette veuve lui tînt lieu de mere, & que cette alliance paroiſſe expreſſément défendue par la loi du Lévitique : *turpitudinem patrui tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus.* Lévit. 18, 14.

Cette diſpenſe pour le mariage d'un neveu avec la veuve de ſon oncle, a été confirmée par un Arrêt du Parlement de Toulouſe, de l'an 1609, rapporté au cinquieme Tome des Mémoires du Clergé.

271. Paſſons aux autres eſpeces d'empêchements. La troiſieme eſpece de ceux que nous avons rapportés en la ſeconde ſection, eſt celui qui réſultoit de la parenté civile que formoit l'adoption : l'adoption n'étant plus en uſage, il ne peut plus y avoir lieu ni à l'empêchement ni à la diſpenſe.

La quatrieme eſpece d'empêchement, eſt la parenté ſpirituelle : on en accorde facilement la diſpenſe.

272. L'empêchement que nous avons

Digitized by Google

rapporté en cinquieme lieu, est celui qu'on appelle d'honnêteté publique, & qui résulte des fiançailles, ou d'un mariage non-consommé. Il est évident que l'honnêteté publique est une chose qui n'est pas susceptible de dispense : on ne peut pas honnêtement permettre ce que l'honnêteté publique défend. C'est pourquoi l'honnêteté publique, qui défend le mariage de l'un des deux fiancés ou de l'un de deux conjoints par mariage non-consommé, avec les parents de la ligne directe de l'autre fiancé ou de l'autre conjoint par mariage, ne permet pas qu'on puisse accorder des dispenses pour ces mariages.

Il n'en est pas de même des mariages de l'un des fiancés ou conjoints, avec les parents de la ligne collatérale de l'autre: ces mariages ayant été long-temps permis & regardés comme honnêtes, ne peuvent pas paroître contraires à l'honnêteté publique proprement dite, qui est invariable. L'honnêteté publique dont est prétexté l'empêchement de ces mariages, n'est que de droit arbitraire, & est par conséquent susceptible de dispense.

273. L'empêchement que nous avons rapporté en sixieme lieu, qui résulte du rapt, n'est pas susceptible de dispense. Il est évident que la dispense qui seroit

Digitized by Google

accordée à un raviſſeur, d'épouſer la perſonne ravie qu'il retient en ſa puiſſance, ſeroit contraire aux bonnes mœurs, puiſqu'elle autoriſeroit ſon crime.

274. A l'égard des empêchements que nous avons rapportés en ſeptieme & huitieme lieu, il eſt évident qu'on ne doit pas accorder diſpenſe à une femme d'épouſer ſon adultere, ou le meurtrier de ſon mari (dans les cas auxquels les regles de l'Egliſe le défendent) lorſque les parties n'ont pas encore paſſé à la célébration de ce mariage; une telle diſpenſe autoriſeroit & récompenſeroit le crime, & ſeroit par conſéquent contraire aux bonnes mœurs.

Mais lorſque les parties, nonobſtant l'empêchement dirimant réſultant du crime qui n'étoit connu que d'elles, ont paſſé dans le fait à la célébration de leur mariage, il eſt d'uſage qu'on leur accorde à Rome, par un bref de la Pénitencerie, une diſpenſe pour valider leur mariage. Cette diſpenſe qui eſt accordée pour empêcher le ſcandale qui réſulteroit de leur ſéparation, & de la manifeſtation du crime à laquelle leur ſéparation pourroit donner lieu, a des motifs très honnêtes.

275. L'empêchement que nous avons rapporté en dernier lieu, qui réſultoit de l'Edit de 1680, qui défend le mariage

Digitized by Google

des Catholiques avec ceux de la Religion Prétendue-Réformée, étant un empêchement dirimant établi par la loi du Prince, le Roi seul avoit le pouvoir d'en accorder dispense : n'y ayant plus à présent qu'une Religion en France, il ne peut plus y avoir lieu ni à cet empêchement, ni à la dispense.

ARTICLE III.

Principes sur la concession des Dispenses des Empêchements de Mariage.

Nous verrons en premier lieu dans un premier paragraphe quelle est la nature du pouvoir qu'ont les Supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses. Nous ferons dans le paragraphe suivant, l'application du principe, sur la nature de ce pouvoir, aux dispenses de mariage.

§. I.

De la nature du pouvoir qu'ont les Supérieurs ecclésiastiques d'accorder des Dispenses.

276. Le pouvoir qu'ont les Supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses, me paroît devoir être défini. Le droit

Digitized by Google

qu'a le Supérieur Eccléſiaſtique de déclarer juridiquement & avec autorité, que celui qui demande diſpenſe eſt dans un cas auquel la régle doit ſouffrir exception, & duquel il eſtime en ſa conſcience, que les auteurs de la régle, s'ils l'euſſent prévu, euſſent eux-mêmes fait un cas d'exception.

La diſpenſe eſt la déclaration juridique faite par le Supérieur eccléſiaſtique, que celui à qui elle eſt accordée eſt dans un de ces cas d'exception.

Pour établir nos définitions, nous remarquerons qu'il y a une grande différence à l'égard du pouvoir d'accorder les diſpenſes entre le Prince ſéculier, & les Supérieurs eccléſiaſtiques.

Le Prince ſéculier qui eſt ſouverain, & qui a dans lui ſeul le droit de faire des loix dans ſes Etats, a auſſi le droit en lui ſeul de les abroger & d'y déroger à ſon gré; & comme il peut déroger à une loi à l'égard de tous ſes ſujets, il peut auſſi, lorſqu'il le juge à propos, déroger à ſa loi, à l'égard ſeulement de quelqu'un de ſes ſujets, en lui accordant la diſpenſe de l'obſerver.

Il n'a beſoin d'autre raiſon pour accorder la diſpenſe, que de celle qu'il exprime par ces termes: *car tel eſt notre plaiſir.*

Il n'en eſt pas de même des Supérieurs

Digitized by Google

ecclésiastiques : ils n'exercent pas une souveraineté dans l'Eglise ; ils n'y exercent qu'un ministere dont ils sont comptables à l'Eglise. Ils sont tous, sans en excepter le Pape, soumis à ses régles ; *ils* ne peuvent y déroger en rien, ni les altérer en rien ; ils doivent montrer aux fidèles l'exemple de l'obéissance aux régles de l'Eglise : il s'en faut donc bien qu'ils puissent leur permettre de les enfreindre, en leur accordant, sans un juste sujet, la dispense de les observer.

Mais comme les regles de l'Eglise, qui ont été faites par des hommes, sont comme toutes les loix humaines, sujettes à souffrir des exceptions, & que lorsqu'elles ont été faites, on n'a pu prévoir tous les cas qui peuvent se présenter, auxquels la regle devroit souffrir exception, l'Eglise a laissé à ses ministres le pouvoir de juger de ces cas qui pourroient se présenter, & d'accorder dispense de la regle, lorsque le cas leur paroîtra tel que s'il eût été prévu, lorsqu'on a fait la regle, on en eut fait un cas d'exception.

Ce n'est que dans ces cas que les Supérieurs ecclésiastiques, sans en excepter le Pape, peuvent valablement, au moins pour le for de la conscience, accorder dispense des regles de l'Eglise : celles qu'ils accordent hors ces cas, sont

Digitized by Google

des abus de leur pouvoir ; & quoiqu'elles soient valables dans le for extérieur, la présomption étant pour le Supérieur qui les a accordées, qu'il a eu un juste sujet de les accorder ; néanmoins les parties qui les ont obtenues ne peuvent dans le for de la conscience, s'en servir sans se rendre coupables devant Dieu de l'infraction à la regle.

C'est ce qu'enseigne Van-Espen : *de dispens. matrim. cap.* 8, *n.* 3, d'après Bellarmin, *epist. ad nepot. contr.* 5, qui ne doit pas être sur ce point un Auteur suspect : *plerique se securos existimant, dicentes : Papa dispensavit, ipse viderit, ego sum immunis ; hic cavillus*, dit Bellarmin, *securos multos reddit, tutum verò neminem, quoniam Papa* NON EST DOMINUS, SED DISPENSATOR ; *ideoque qui iniquam dispensationem petit, iniquitatis causa est, & qui eâdem utitur, eâdem semper irretitur iniquitate.*

§. II.

Application du principe aux Dispenses des Empêchements de Mariage.

277. Le pouvoir qu'ont les Supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses, devant se borner, comme nous l'avons

Digitized by Google

établi, aux seuls cas pour lesquels il est vraisemblable qu'on eut fait une exception à la regle, s'ils eussent été prévus lorsque la regle a été établie, le Concile de Trente en a tiré cette conséquence, que les dispenses des empêchements de mariage ne doivent s'accorder que très-rarement; étant très-rare que les personnes qui demandent ces dispenses, se trouvent dans des cas, à l'égard desquels on puisse dire qu'ils eussent fait une exception à la regle, s'ils eussent été prévus.

C'est pour cela que nous ne voyons pendant les douze ou treize premiers siecles de l'Eglise, presqu'aucun exemple de dispenses accordées pour contracter des mariages dans les degrés prohibés de parenté ou d'affinité.

Dans le huitieme siecle, un François s'étant vanté d'avoir obtenu du Pape Grégoire III, une dispense pour épouser une femme qui étoit la veuve de son oncle, & qui avoit pris l'habit de Religion, le Pape Zacharie, successeur de Grégoire, dans sa Lettre à Boniface, qui l'en avoit informé, traite d'imposture cette prétendue dispense : *absit*, dit-il, *ut prædecessor noster hoc ita credatur præcepisse; nec enim ab hâc apostolicâ sede illa diriguntur, quæ contraria patrum sive canonum institutis reperiuntur.* Cette Lettre est

Digitized by Google

rapportée au sixieme tome des Conciles du P. Labbe, *pag.* 1498, *& seqq.*

Quelle dispense fut jamais plus légitime & plus solemnelle, que celle qu'obtint le Roi Robert pour épouser sa cousine Berthe, des Evêques de son Royaume assemblés pour cet effet, après une grande connoissance de cause, pour des raisons d'Etat & de bien public. Néanmoins le Pape Silvestre II excommunia les parties, & les Evêques qui avoient accordé la dispense; & quoique cette dispense fût très-légitime, & l'excommunication très-injuste, le pieux Roi Robert & sa femme Berthe, pour arrêter le scandale que causoit leur mariage, consentirent de se séparer.

278. On prétend qu'un des premiers exemples de dispenses accordées pour causes de parenté, fut celui que le Pape Innocent III accorda à Othon IV, Empereur, pour épouser la fille de Philippe, son compétiteur, qui étoit sa parente au quatrieme degré. L'Historien qui rapporte ce fait, dit que cette dispense fut accordée sur les instantes prieres du Clergé & du peuple, pour la pacification de l'Empire. Arnoul de Lubec, *in chronico Selavorum*. Un autre Historien ajoute que pour obtenir la dispense, les Abbés de Cîteaux & de Cluny, promirent de faire

Digitized by Google

réparer par une grande quantité d'œuvres pieuses de leurs Moines, l'atteinte que cette dispense donnoit à la discipline. *Otho de S. Blasio.*

279. Le Concile de Trente a voulu rappeller l'ancien esprit de l'Eglise, en ordonnant qu'on n'accordera point des dispenses pour contracter mariage contre les regles de l'Eglise, ou du moins qu'on ne les accordera que rarement pour des justes sujets & gratuitement : *in contrahendis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio ; vel rarò, idque ex causâ, & GRATIS concedatur.* Sess. 14, cap. 5, *de reform. matrim.*

Ce décret du Concile de Trente qui renouvelloit l'ancienne discipline sur les dispenses des empêchements de mariage, n'est pas bien observé : on accorde en Cour de Rome des dispenses des empêchements de parenté ou d'affinité pour des causes très-légeres. On peut dire pour excuser ce relâchement de discipline, & la facilité qu'on a aujourd'hui d'accorder des dispenses des empêchements de parenté & d'affinité, au moins à l'égard des degrés plus éloignés que celui des cousins-germains, que si on étoit si difficile autrefois pour accorder ces dispenses, c'est que sur la foi des fausses Décrétales, on étoit persuadé que la défense des mariages dans

Digitized by Google

les degrés de parenté & d'affinité auxquels elle avoit été étendue, avoit toujours eu lieu dans l'Eglise; le respect qu'on avoit pour une discipline qu'on croyoit avoir été celle de tous les temps & de tous les lieux, ne permettoit pas de croire qu'on pût facilement s'en écarter & en accorder dispense. Mais la critique ayant depuis découvert la fausseté de ces Décrétales; & étant constant aujourd'hui que la défense des mariages au delà du degré des cousins-germains n'a commencé à s'introduire que dans le sixieme siecle, & que les raisons pour lesquelles ces mariages ont été défendus, sont peu importantes, on a cru qu'on pouvoit être facile à accorder des dispenses de la défense de contracter mariage dans ces degrés, en attendant que dans un Concile général l'Eglise abroge cette défense.

§. III.

Distinction à l'égard de la concession des Dispenses entre les Mariages qui n'ont pas encore été contractés, & ceux à la célébration desquels les parties ont déja passé.

280. Les Supérieurs ecclésiastiques doivent faire une grande différence entre les dispenses

diſpenſes qu'on leur demande pour contracter un mariage contre les regles de l'Egliſe qui ne l'a pas encore été, & entre celles qu'on leur demande pour valider un mariage qui a été célébré contre les regles de l'Egliſe : ils doivent être très-difficiles à accorder la diſpenſe dans le premier cas ; car en permettant par leur diſpenſe de contracter contre les regles de l'Egliſe un mariage qui ne l'a pas encore été, c'eſt permettre expreſſément l'infraction de la regle ; c'eſt l'approuver & l'autoriſer expreſſément : ils peuvent être plus faciles à accorder diſpenſe pour valider un mariage à la célébration duquel les parties ont déja paſſé ; car en ce cas ils ne permettent pas expreſſément par leur diſpenſe l'infraction de la regle, ils ne l'approuvent pas, ils ne l'autoriſent pas comme dans le cas précédent ; ils tolerent ſeulement l'infraction qui a été faite à la regle, pour éviter un plus grand mal qui réſulteroit du ſcandale & des inconvénients que cauſeroit la diſſolution du mariage.

C'eſt ſur le fondement de cette diſtinction que nous avons vu *ſuprà n.* 274, qu'on n'accordoit pas de diſpenſes à une femme pour épouſer ſon adultere ou le meurtrier de ſon mari, dans les cas où les regles de l'Egliſe défendent ces mariages ; mais

Digitized by Google

que les parties ayant passé à la célébration du mariage, on leur accordoit une dispense pour le valider.

281. Dans le cas où les parties ont passé à la célébration d'un mariage contre les regles de l'Eglise, il y a encore une autre distinction importante à faire, qui est de sçavoir si c'est par ignorance qu'elles ont célébré ce mariage, ou si c'est avec connoissance de l'infraction qu'elles faisoient aux regles de l'Eglise en le célébrant. On doit être facile à leur accorder la dispense, lorsque c'est par ignorance qu'elles ont célébré le mariage; on doit au contraire être difficile à la leur accorder, lorsqu'elles ont eu connoissance de l'infraction qu'elles commettoient en le célébrant; les parties en ce cas en étant indignes, & d'ailleurs parce que la facilité qu'on auroit à la leur accorder, pourroit porter d'autres personnes à enfreindre exprès la regle, dans la confiance d'en obtenir la dispense. Nous trouvons cette distinction dans le Concile de Trente : *Si quis intrà gradus prohibitos scienter matrimonium contrahére præsumpserit, separetur & spe dispensationis consequendæ careat.... quod si ignoranter id fecerit.... & solemnitatibus adhibitis impedimentum aliquod postea subesse cognoscatur, cujus probabilem ignorantiam habuit, tunc facilius cum eo, & GRATIS dispensari poterit.*

Digitized by Google

Seſſ. 14, cap. 5. *de reform. matrim.*

Les parties méritent ſur-tout cette grace, lorſqu'auſſi-tôt que la connoiſſance de l'empêchement leur eſt ſurvenue, elles ont ceſſé de ſe connoître charnellement; c'eſt pourquoi on doit expoſer dans la ſupplique, ſi depuis cette connoiſſance ſurvenue les parties ont ceſſé auſſi-tôt, ou ont continué encore de ſe connoître charnellement.

282. La premiere partie du décret du Concile de Trente, qui défend d'accorder des diſpenſes aux parties qui avoient connoiſſance de l'empêchement lorſqu'elles ont célébré leur mariage, & qui eſt en cela conforme à l'ancienne diſcipline, n'eſt pas néanmoins exactement obſervée, & on accorde en Cour de Rome ces diſpenſes; mais on exige pour qu'elles ne ſoient pas obreptices, que les parties expoſent dans leur ſupplique qu'elles avoient connoiſſance de l'empêchement lorſqu'elles ſe ſont mariées, qu'elles l'ont conſommé ayant cette connoiſſance, & ſi elles l'ont fait dans la vue d'être plus facilement diſpenſées.

Digitized by Google

ARTICLE IV.

Des principales Causes qu'on a coutume d'exposer pour obtenir les Dispenses des Empêchements de Parenté & d'Affinité ; & des Dispenses qui s'accordent sans cause.

283. Les principales causes qu'on a coutume d'exposer en Cour de Rome pour obtenir dispense des empêchements de parenté & d'affinité, sont 1°. celle qu'on appelle *ob angustiam loci*, lorsqu'une fille expose que si elle étoit obligée de se marier hors de sa parenté & affinité, elle auroit peine à trouver dans le lieu de sa demeure des personnes de son état qu'elle pût épouser.

284. La seconde est celle qu'on appelle *indotata.*

Et la troisieme qu'on appelle *ob incompetentiam dotis*, par laquelle une fille expose qu'elle n'a point de dot à apporter en mariage, ou qu'elle n'a pas de quoi en apporter une suffisante pour supporter les charges d'un mariage avec un homme de son état, & qu'elle courroit risque de ne pas trouver à se marier, si on ne lui permettoit d'épouser un tel son parent qui

Digitized by Google

veut bien la prendre sans dot ou avec une dot modique.

285. La quatrieme qu'on appelle *vidua filiis gravata*, est lorsqu'une veuve expose qu'elle est chargée d'enfants, & d'un commerce difficile qu'elle est obligée de soutenir pour fournir à leur éducation; ce qu'elle ne pourroit faire, si elle ne s'attachoit par le mariage à son parent qui connoît le fond de ce commerce, & dont elle a besoin pour le continuer. On a coutume d'inférer dans cette espece de dispense cette clause, *postquam dictus orator caverit se dictis filiis alimenta præstiturum.*

286. La cinquieme est celle qu'on appelle *pro oratrice excedente vigesimum-quartum annum*, par laquelle une fille expose qu'ayant déja passé un tel âge (qui doit au moins excéder 24 ans) sans pouvoir trouver à se marier, elle courroit risque de ne pas trouver, si on ne lui permettoit d'épouser un tel.

287. La sixieme cause est celle par laquelle une fille expose qu'il y a dans son pays beaucoup d'hérétiques cachés, & que si on ne lui permettoit pas d'épouser un tel son cousin dont l'orthodoxie lui est connue, elle courroit risque d'épouser un hérétique caché qui pourroit la pervertir.

Ce seroit pareillement une juste cause

Digitized by Google

d'obtenir dispense si les parties exposoient que dans le lieu de leur demeure la corruption des mœurs est si grande & le nombre des personnes qui menent une vie chrétienne, si petit, que si on ne leur permettoit pas de se marier ensemble, elles auroient de la peine à trouver dans le lieu à s'allier à d'autres personnes de leur état, avec lesquelles elles pussent s'accorder à mener ensemble une vie chrétienne & éloignée des compagnies mondaines, & à donner une éducation chrétienne à leurs enfants. Des dispenses accordées pour cette cause sont très-légitimes, pourvu que les parties en les obtenant sur cet exposé, aient eu une véritable intention de mener cette vie chrétienne.

288. La septieme cause est celle par laquelle les parties exposent que la violence de leur passion, & non pas le dessein d'obtenir plus facilement dispense, les a porté à avoir habitude ensemble, & qu'il n'y a que le mariage qui puisse réparer l'honneur de la fille, & prévenir le scandale.

Lorsque les parties n'ont pas eu habitude ensemble, on expose seulement qu'elles ont une violente passion l'une pour l'autre, & que les occasions fréquentes qu'elles ont de se rencontrer, les exposent à un grand danger de succomber

Digitized by Google

à la tentation, ſi on ne leur permet de ſe marier enſemble.

289. Il y a encore pluſieurs autres cauſes de diſpenſes, telles que celle de terminer des procès conſidérables; celle de conſerver les biens dans une famille illuſtre, *&c.*

290. On accorde quelquefois des diſpenſes d'empêchement de parenté ou d'affinité ſans que les parties aient expoſé dans leur ſupplique aucune cauſe pour les obtenir. Les Canoniſtes, pour autoriſer ces diſpenſes, diſent que le bon uſage qui eſt fait des ſommes qu'on donne pour les obtenir, eſt une cauſe pour les accorder.

Cela ne s'accorde gueres avec le Concile de Trente qui ordonne que les diſpenſes ne pourront s'accorder que pour une juſte cauſe & gratuitement : *rarò idque ex cauſâ, & gratis concedatur* ; & ſi, ſuivant le Concile de Trente, il n'eſt pas permis au Pape d'accorder des diſpenſes ſans une juſte cauſe, les parties qui les obtiennent, peuvent-elles dans le for de la conſcience s'en ſervir ?

Ajoutez que la ſupplique ſur laquelle ſont obtenues ces diſpenſes *ſans cauſe*, n'exprime à la vérité aucune cauſe déterminée pour laquelle la diſpenſe eſt demandée, & qu'au lieu de cela, ſelon le

Digitized by Google

ſtyle de Rome, il y eſt dit en termes vagues, que les parties demandent la diſpenſe, *ex certis rationabilibus cauſis eorum animos moventibus*; cet expoſé ſuppoſe que les parties ont effectivement quelque ſujet raiſonnable de diſpenſe. La diſpenſe qui leur eſt accordée ſur cet expoſé, leur eſt accordée dans cette ſuppoſition: mais ſi cette ſuppoſition eſt fauſſe; ſi dans la vérité les parties n'avoient aucune cauſe pour demander la diſpenſe, cette diſpenſe demandée & accordée ſur une fauſſe ſuppoſition, peut-elle être valable dans le for de la conſcience?

Lorſque les parties ſe ſont mariées en exécution de cette diſpenſe qui n'a de vice que dans le for de la conſcience, l'impoſſibilité en laquelle elles ſont de rompre leur mariage, devient un juſte ſujet de diſpenſe pour ce mariage, même dans le for de la conſcience. Ainſi les parties ſont ſeulement en ce cas obligées à expier par des œuvres ſatisfactoires la faute qu'elles ont commiſe.

Digitized by Google

ARTICLE V.

De la forme des Dispenses; & de ce que doit contenir la Supplique pour les obtenir.

§. I.

De la Forme des Dispenses.

291. Les dispenses des empêchements de mariage qu'on obtient en Cour de Rome pour pouvoir célébrer le mariage, s'expédient à la Daterie *in formâ commissoriâ*: cette forme est ainsi appellée, parce que sur la supplique qui est présentée au Pape par les parties, on leur expédie en la Daterie un acte par lequel le Pape commet & délegue l'Official du Diocèse des parties pour leur accorder la dispense demandée, *si preces veritate nitantur*; c'est-à-dire, si après information faite il reconnoît que les faits exposés par la supplique des parties, sont véritables. Pour cet effet la supplique est transcrite en entier dans les lettres.

Delà il résulte que ces expéditions de dispense ne sont pas proprement la dispense, mais seulement un pouvoir ou une procuration que le Pape donne à l'Official à qui ces expéditions sont adressées pour accorder la dispense.

Digitized by Google

Lorſqu'il y a pluſieurs Officiaux, la diſpenſe eſt cenſée adreſſée à l'Official diocéſain du territoire des parties.

Lorſque les parties ſont de différents Diocèſes, c'eſt ordinairement à l'Official du Diocèſe de la femme que l'expédition eſt adreſſée.

292. Cet Official eſt délégué en ſa qualité d'Official ; c'eſt pourquoi, en cas de mort ou de deſtitution, le pouvoir paſſe de plein droit à ſon ſucceſſeur, & même à l'Official du Chapitre *ſede vacante.*

Par la même raiſon, le pouvoir accordé par le bref ne s'éteint pas par la mort du Pape ſurvenue avant la fulmination ; parce que ce n'eſt pas en ſon propre nom, mais en ſon nom de Pape qu'il l'a accordé. C'eſt la déciſion de Boniface VIII, *cap. ſi ſuper 9, de Offi. & pot. jud. deleg. in ſexto.*

293. Lorſque les parties n'ont ni l'un ni l'autre le moyen de payer la ſomme portée au tarif de la Daterie pour les lettres de diſpenſe, ſur l'expoſé qu'elles font de leur pauvreté, & ſur le certificat qu'elles doivent rapporter de leurs Curés qui atteſtent qu'elles ſont pauvres l'une & l'autre, & qu'elles ne vivent que de leur travail, on leur expédie ces diſpenſes *in formâ pauperum* : en inférant dans les diſpenſes ces termes, *qui pauperes & miſerabiles exiſtunt, & ex labore & induſtriâ*

Digitized by Google

ſuâ tantùm vivunt, ce qui leur évite le paiement de la ſomme portée au tarif de la Daterie.

294. Il nous reſte à obſerver ſur la forme des diſpenſes, que lorſque les parties ont pluſieurs empêchements dirimants, la diſpenſe en doit être accordée par les mêmes lettres : par exemple, ſi les parties étoient couſins au quatrieme degré, & qu'outre cela l'une des parties fût le parrain de l'autre, la diſpenſe de la conſanguinité & celle de la parenté ſpirituelle devroit être accordée. Si les diſpenſes de ces deux eſpeces d'empêchements étoient accordées par des lettres ſéparées, elles ſeroient nulles ; ce ſeroit une obreption faite au Pape qui eût pu être plus difficile à les accorder, s'il eût ſçu le concours des deux empêchements.

295. A l'égard des diſpenſes qui s'obtiennent de quelque empêchement ſecret, pour valider dans le for de la conſcience un mariage qui a déja été célébré, elles s'expédient par un bref de la Pénitencerie adreſſé à un Prêtre approuvé que les parties auront choiſi pour leur Confeſſeur.

Ces diſpenſes n'ont d'effet que pour le for de la conſcience, & elles ne peuvent valider le mariage pour le for extérieur, dans le cas auquel l'empêchement ſecret viendroit à être découvert ; il n'en

Digitized by Google

doit pas même rester de vestiges, & le Confesseur à qui elles sont adressées, doit, après qu'il en a fait usage, les déchirer.

§. II.

De ce que doit contenir la Supplique.

296. La supplique qu'on présente pour obtenir à la Daterie des dispenses de quelqu'empêchement de mariage, doit contenir les noms des personnes pour lesquelles la dispense est demandée.

Lorsque la dispense est demandée pour un empêchement qui est particulier à l'une des parties qui se proposent de contracter mariage ensemble, tel qu'est celui du Sous-diaconat, comme il n'y a en ce cas que cette partie qui a besoin de dispense, il suffit que la supplique contienne son nom: il n'est pas nécessaire qu'elle contienne celui de la personne qu'elle veut épouser; mais lorsque l'empêchement est commun aux deux parties, tels que sont ceux de parenté & d'affinité naturelle & spirituelle, la supplique doit contenir les noms des parties; car la dispense doit être accordée aux deux parties; & le mariage ne pourroit pas être valablement contracté, si la dispense n'étoit accordée qu'à l'une d'elles.

Digitized by Google

297. Au reſte, la diſpenſe eſt valablement accordée aux perſonnes nommées dans la ſupplique, quand même ces perſonnes n'auroient pas donné ordre de les obtenir : par exemple, ſi j'ai avec une fille que je veux épouſer un empêchement d'affinité réſultant d'un commerce illégitime que j'ai eu avec la mere de cette fille dont elle n'a pas de connoiſſance, je peux ſans ſa participation & à ſon inſçu, obtenir en mon nom & au ſien des diſpenſes de cet empêchement.

298. La ſupplique doit contenir l'eſpece de l'empêchement dont on demande la diſpenſe, & la cauſe pour laquelle elle eſt demandée.

Si la ſupplique énonçoit une autre eſpece d'empêchement que celui qui ſe rencontre dans les parties, les diſpenſes accordées ſur cette ſupplique, ſeroient nulles.

Cela auroit-il lieu dans le cas auquel l'empêchement énoncé dans la ſupplique ſeroit plus conſidérable que celui qui ſe rencontre effectivement dans les parties : *putà*, ſi on avoit énoncé par la ſupplique que les parties ſont parentes à un tel degré, quoiqu'elles ne ſoient qu'affins à ce degré ? Il pourroit ſembler que la diſpenſe ayant été accordée pour un empêchement de parenté, qui eſt plus

Digitized by Google

considérable que celui d'affinité, elle est censée, *à fortiori*, accordée pour l'empêchement d'affinité qui se rencontre dans les parties. Néanmoins Corradus dans sa Pratique des Dispenses, dont Van Espen rapporte le sentiment, décide que la dispense est nulle; les parties, dans ce cas, en obtenant une dispense de parenté, ont obtenu une dispense dont elles n'avoient pas besoin pour un empêchement qu'elles n'avoient pas, & elles n'ont pas obtenu la dispense de l'empêchement de l'affinité qui se rencontre en elles. On dira que la parenté étant un empêchement plus considérable que celui d'affinité, si le Pape a bien voulu accorder la dispense pour l'empêchement de parenté; à plus forte raison, il auroit voulu l'accorder pour l'empêchement d'affinité. La réponse est, que pour qu'il y ait une dispense, il ne suffit pas de dire que le Pape auroit bien voulu l'accorder; il faut qu'il ait voulu effectivement l'accorder: on ne peut pas dire, dans ce cas, qu'il a voulu l'accorder, puisque ce n'est pas la dispense pour cet empêchement qui lui a été demandée.

299. Il ne suffit pas que la supplique exprime que les parties demandent dispense pour un empêchement de parenté ou d'affinité, il faut que le degré de

Digitized by Google

parenté ou d'affinité ſoit exprimé par la ſupplique, parce que les diſpenſes s'accordent plus ou moins facilement, ſelon que le degré eſt plus éloigné, ou plus prochain.

En cas d'inégalité de degré, comme lorſque la parenté eſt du deux au trois, telle qu'elle eſt entre la fille de mon couſin-germain & moi, il ſuffit, ſuivant la conſtitution de Pie V, d'exprimer par la ſupplique le degré le plus éloigné, ſuivant cette regle des Canoniſtes : *In lineâ inæquali quoto gradu remotior perſona diſtat à communi ſtipite, tot gradibus cognati diſtant inter ſe.*

Pie V excepte le cas auquel on demanderoit diſpenſe pour le mariage d'un oncle avec ſa niece ou avec ſa petite-niece, pour lequel il ne ſe contente pas qu'il ſoit dit par la ſupplique, que les parties ſont parentes au ſecond degré; ou ſi c'eſt une petite-niece, qu'elles ſont parentes au troiſieme degré : mais il veut qu'en ce cas la ſupplique exprime que les parties ſont *l'oncle & la niece*; l'empêchement entre ces perſonnes étant infiniment plus conſidérable que celui des couſins.

Si on n'avoit pas exprimé dans la ſupplique que les parties ſont l'oncle & la niece, & qu'on ſe fût contenté de

Digitized by Google

déclarer qu'elles étoient parentes au ſecond degré, ce défaut dans la ſupplique devroit empêcher l'Official de fulminer les diſpenſes; mais s'il avoit paſſé pardeſſus ce défaut, & fulminé les diſpenſes, & que les parties euſſent en conſéquence célébré de bonne foi le mariage, on ne devroit pas être reçu à l'attaquer ſur le défaut de la ſupplique. C'eſt ce qui a été jugé par un arrêt du 15 Mars 1672, rapporté par d'Hericour dans l'eſpece d'un appel comme d'abus interjetté par des parents, de la fulmination des diſpenſes obtenues pour le mariage d'un oncle avec ſa petite-niece, ſur une ſupplique qui expoſoit ſeulement que les parties étoient parentes au troiſieme degré, & de la célébration du mariage qui avoit ſuivi. L'arrêt jugea qu'il n'y avoit abus.

300. Lorſqu'il y a deux parentés entre les parties, il ne ſuffit pas qu'il ſoit dit dans la ſupplique, que les parties ſont parentes à un tel degré; il faut exprimer les deux parentés par la ſupplique; car les deux parentés forment deux empêchements : il ne ſuffit pas d'avoir diſpenſe de l'un de ces empêchements; il faut l'avoir des deux; & pour avoir diſpenſe des deux, il faut la demander pour les deux, & par conſéquent expo-

Digitized by Google

ſer les deux parentés dans la ſupplique.

L'Auteur des Conférences de Paris rapporte un arrêt du 6 Août 1609, qui déclara abuſives des diſpenſes accordées à un couſin-germain & une couſine-germaine, parce que les parties n'avoient pas expliqué qu'elles l'étoient tant du côté paternel, que du côté maternel.

Je ne crois pas que la Cour uſât de la même rigueur, ſi la parenté étoit dans un degré plus éloigné, & les diſpenſes fulminées, & le mariage célébré en conſéquence.

Ce principe, que lorſqu'il y a deux empêchements, on doit expoſer les deux, ſouffre exception, lorſque celui qui a été expoſé, ſuppoſe l'autre : par exemple, j'ai contracté des fiançailles avec une femme ; il en réſulte un empêchement d'honnêteté publique avec les ſœurs de cette femme, ſi je voulois par la ſuite épouſer quelqu'une d'elles : j'ai enſuite contracté mariage avec cette même femme, & j'ai conſommé le mariage ; il en réſulte un autre empêchement, qui eſt celui d'affinité au premier degré. Si après la mort de ma femme, je veux épouſer une de ſes ſœurs, il faut que nous expoſions l'empêchement d'affinité au premier degré qui réſulte de mon mariage avec ma femme : il n'eſt pas néceſſaire

Digitized by Google

d'exposer aussi celui qui résulte des fiançailles avec elle ; car celui d'affinité que nous avons exposé, le suppose & le contient *eminenter.*

301. Enfin, lorsque les parties qui ont eu commerce charnel ensemble, demandent des dispenses de parenté ou d'affinité, leur supplique doit contenir l'aveu de ce commerce, & si elles l'ont eu, ayant connoissance de leur parenté ou affinité, ou n'en ayant pas connoissance ; comme aussi, si elles l'ont eu dans la vue d'obtenir plus facilement dispenses, ou sans cette vue ; c'est ce que Pie V a ordonné par sa Bulle, sous la peine que l'omission de l'aveu de ce commerce ou même seulement des circonstances de ce commerce rendroit la dispense obreptice & nulle.

Pirrus-Corradus, dans son Traité des Dispenses, ajoute que si le commerce charnel n'étoit intervenu que depuis l'expédition en Cour de Rome, mais avant la fulmination, ce commerce rendroit nulle la dispense, & empêcheroit qu'elle ne pût être valablement fulminée ; parce que le Pape n'a donné pouvoir de dispenser à l'Official à qui elle est adressée, que sous la condition que l'exposé de la supplique se trouvera véritable au temps de la fulmination ; *si ita est dis-*

Digitized by Google

penſa. Or, l'expoſé de la ſupplique, qui ſuppoſoit que les parties s'étoient comportées ſagement, en ne faiſant mention d'aucun commerce charnel intervenu, quoiqu'il fût véritable au temps de la ſupplique, ſe trouve ne l'être plus au temps où il eſt queſtion d'accorder & de fulminer la diſpenſe; & par conſéquent la condition ſous laquelle le pouvoir en avoit été accordé à l'Official, ſe trouve défaillir.

Dans tous ces cas il faut ſe pourvoir en Cour de Rome, pour, ſur un nouvel expoſé véritable, y obtenir de nouvelles lettres qui valident la diſpenſe, & qu'on appelle lettres de *perinde valere.*

Décombes, dans ſon Traité des Officialités, dit que ſuivant l'uſage de France, il ſuffit dans ces cas de s'adreſſer à l'Evêque, qui ſur l'expoſé de la Requête à lui préſentée, permet de ſe ſervir de la diſpenſe nonobſtant ces omiſſions, ſurtout lorſque le délai néceſſaire pour envoyer de nouveau à Rome, pourroit cauſer quelque ſcandale ou quelque inconvénient.

Le commerce charnel intervenu depuis la fulmination de la diſpenſe, quoiqu'il ſoit un grand péché, n'y donne aucune atteinte, & n'oblige point à obtenir des confirmations de diſpenſe.

Digitized by Google

§. III.

De la Fulmination des Diſpenſes.

302. La fulmination de la diſpenſe eſt une Sentence par laquelle l'Official à qui elle eſt adreſſée, après information par lui faite de la vérité des faits expoſés par la ſupplique des parties, ordonne qu'elles jouiront de l'effet de la diſpenſe, & leur permet en conſéquence de ſe marier enſemble.

C'eſt cette Sentence de fulmination qui contient proprement la conceſſion de la diſpenſe. Les lettres de diſpenſe expédiées en Cour de Rome, ne contiennent proprement qu'une commiſſion & un pouvoir attribué par le Pape à l'Official à qui elles ſont adreſſées, d'accorder la diſpenſe après qu'il ſe ſera juridiquement aſſuré de la vérité des faits expoſés par la ſupplique, comme nous l'avons vu en l'article précédent. C'eſt donc par la Sentence de fulmination que cet Official accorde la diſpenſe, non de ſa propre autorité, mais de l'autorité du Pape, qui lui eſt pour cet effet déléguée par les lettres de diſpenſe.

303. Pour parvenir à cette fulmination, les parties préſentent leurs lettres

Digitized by Google

de dispenses à l'Official à qui elles sont adressées, avec une Requête pour procéder à la fulmination. L'Official met au bas de la Requête une Ordonnance par laquelle il accepte la commission, & ordonne de la communication au Promoteur. Sur les conclusions du Promoteur, il fait subir interrogatoire aux parties sur la vérité des faits exposés en la supplique, & procéde à l'audition des témoins qui peuvent être les parents des parties. Enfin, après le tout communiqué au Promoteur qui donne ses conclusions, il fulmine les dispenses, ou il en déboute.

304. Lorsque l'Official, par son information, reconnoît que le fait exposé par la supplique est faux, la dispense obtenue sur cet exposé étant en ce cas *obreptice* & nulle, il ne doit pas la fulminer, mais il en doit débouter les parties : il faut néanmoins distinguer si la fausseté qui se trouve dans la supplique, tombe sur quelque chose d'essentiel ou sur quelque chose d'indifférent. La fausseté tombe sur quelque chose d'essentiel, lorsqu'elle tombe sur la qualité de l'empêchement, comme lorsqu'il est dit que les Suppliants sont parents au quatrieme degré, & qu'ils le sont au troisieme ; ou

Digitized by Google

lorſque la fauſſeté tombe ſur le fond de la cauſe pour laquelle la diſpenſe eſt demandée, & l'a détruit; comme s'il étoit dit que les parties ont eu commerce charnel enſemble, & que le fait fût faux; s'il étoit dit qu'une fille a déja paſſé vingt-quatre ans ſans avoir trouvé à ſe marier, & qu'elle n'en eut que vingt-deux ou vingt-trois : dans tous ces cas la diſpenſe ſeroit *obreptice*, & l'Official ne devroit pas la fulminer.

Il n'importe à cet égard que ce qu'il y a de faux dans la ſupplique, y ait été mis avec la participation des parties, ou à leur inſçu.

Il n'importe pareillement que l'expoſé fut déja faux lors de l'impétration de la diſpenſe en Cour de Rome, ou qu'il ne ſoit devenu faux que depuis, avant la fulmination de la diſpenſe; comme ſi on a expoſé qu'une fille étoit ſans biens, *indotata*, ce qui étoit vrai alors, & que depuis, lui étant ſurvenu une riche ſucceſſion avant la fulmination de la diſpenſe, l'expoſé ſoit devenu faux : l'Official a qui le pouvoir n'eſt accordé que *ſi ita eſt*, ne doit pas la fulminer; mais ſi la ſucceſſion n'étoit échue que depuis la fulmination, cela ne donneroit aucune atteinte à la diſpenſe qui a été légitimement ob-

Digitized by Google

tenue, & *à fortiori*, si elle n'étoit échue que depuis le mariage.

Contra, vice versâ. Si l'exposé étoit faux lors de l'impétration, *puta* que la fille qui s'est dite *indotata*, eût alors un bien convenable, quoique depuis, l'exposé soit devenu vrai, cette fille ayant perdu tout son bien, la dispense obtenue sur un exposé qui étoit alors faux, n'en demeure pas moins nulle & *obreptice*, & ne doit pas être fulminée.

Lorsque la fausseté qui se trouve dans la supplique, ne tombe que sur quelque chose d'indifférent, cela ne doit point empêcher l'Official de fulminer la dispense, comme s'il étoit exposé qu'une fille a trente-cinq ans passés sans avoir trouvé à se marier, & qu'elle n'en eût que trente-quatre; car dans un âge aussi avancé, pour porter le Pape à accorder la dispense, il est indifférent que la fille ait une année de plus ou de moins.

Lorsque dans la supplique il s'est glissé quelqu'erreur sur les noms de l'une des parties, si elle est d'ailleurs suffisamment désignée, cette erreur ne doit pas empêcher la fulmination de la dispense.

Lorsque la supplique ne contient rien qui ne soit vrai, la dispense n'est pas *obreptice*; mais si elle ne contient pas tout

Digitized by Google

ce qui devoit y être exposé, *voyez supra n. 296 & suiv.* elle est en ce cas *subreptice*, & elle ne doit pas être fulminée.

305. Lorsquela dispense étant *obreptice* ou *subreptice*, ne peut être fulminée, il falloit autrefois se pourvoir à Rome pour en obtenir de nouvelles; mais l'Auteur des Conférences de Paris nous apprend que l'usage est aujourd'hui en France, qu'on se pourvoit en ce cas devant l'Evêque, qui dispense de ce qui manque à celle du Pape, & permet en conséquence à son Official, à qui elle est adressée, de la fulminer.

La raison qu'il en donne, est qu'un bref de dispense adressé à l'Official du Diocèse des parties, n'est pas regardé comme purement attributif, tel qu'un bref qui seroit adressé à un Evêque pour quelqu'affaire de personnes qui ne sont pas de son Diocèse. Dans ces brefs purement attributifs, le délégué doit se renfermer dans les bornes du mandat, il ne peut en aucune maniere *egredi fines mandati*; mais le bref de dispense que le Pape adresse à l'Official du Diocèse des parties, est plutôt excitatif que simplement attributif; c'est-à-dire, que le Pape en renvoyant le pouvoir d'accorder la dispense à l'Official de l'ordinaire, excite, ressuscite,

Digitized by Google

reſſuſcite, & rend en quelque façon à l'ordinaire, pour le cas préſent, le pouvoir que cet Evêque, en qualité d'Evêque & d'ordinaire, avoit d'accorder la diſpenſe, & qu'il avoit laiſſé éteindre par la preſcription. Cet Evêque étant donc pour le cas préſent, rétabli dans ſon pouvoir, il peut dans ce cas diſpenſer & ſuppléer à ce qui manque à la diſpenſe du Pape.

Digitized by Google

QUATRIEME PARTIE.

De la Forme du Contrat de Mariage; & de l'Acte qui en doit être dressé.

NOus n'entendons pas ici par *Contrat de Mariage*, l'acte qui contient les conventions matrimoniales, mais nous entendons le mariage même; c'est-à-dire, l'acte par lequel les parties conviennent réciproquement de se prendre pour époux.

Parmi les choses qui sont requises, à l'égard de la forme de ce contrat, il y en a sans lesquelles le mariage ne peut être valablement contracté, & dont le défaut ou l'inobservation le rendroit nul: elles feront la matiere d'un premier Chapitre. Il y a d'autres choses qui sont requises, sans que l'inobservation de ces choses rendent le mariage nul: elles feront la matiere d'un second Chapitre. Nous traiterons dans le troisieme, de l'acte qui doit être dressé pour établir la preuve du mariage.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

Des choſes requiſes dans la forme pour que le Mariage puiſſe être valablement contracté, & dont le défaut ou l'inobſervation le rend nul.

306. CEs choſes ſont, 1°. le conſentement des parties contractantes : 2°. quelquefois le conſentement de certaines perſonnes qui doit y accéder : 3°. la célébration en face d'Egliſe, & la compétence du Prêtre qui le célébre.

SECTION PREMIERE.

Du Conſentement des Parties contractantes.

307. Le mariage étant un contrat, ne peut, de même que tous les autres contrats, être formé que par le conſentement des parties.

Les choſes qui ſont directement contraires à ce conſentement, & qui les détruiſent, ſont donc des empêchements dirimants de mariage, qui empêchent qu'il ne puiſſe être valablement contracté.

Digitized by Google

Ces choſes qui détruiſent le conſentement, ſont l'erreur, la violence & la ſéduction, dont nous traiterons ſéparément.

ARTICLE PREMIER.

De l'Erreur.

§. I.

De l'Erreur ſur la Perſonne.

308. Il eſt évident que l'erreur de l'une des parties, qui tombe ſur la perſonne même qu'elle ſe propoſe d'épouſer, détruit ſon conſentement.

Par exemple, ſi me propoſant d'épouſer Marie, & croyant contracter avec Marie & épouſer Marie, je promets la foi de mariage à Jeanne, qui ſe fait paſſer pour Marie, il eſt évident qu'il n'y a pas de conſentement, & que le mariage que j'ai contracté avec Jeanne, que je prenois pour Marie, eſt nul par défaut de conſentement. Car le concours des volontés des deux parties pour une choſe, *duorum in idem placitum conſenſus*, ne ſe trouve pas dans cette eſpece, puiſque, ſi Jeanne a voulu m'épouſer, je n'ai pas de même voulu épouſer Jeanne: ma volonté n'a pas concouru avec la

Digitized by Google

sienne *in idem placitum* ; & si je lui ai dit que je la prenois pour mon épouse, ce n'est pas pour cela elle, mais c'est Marie à qui je croyois parler, que je voulois prendre pour mon épouse.

Quid juris, s'il étoit prouvé que lorsque j'ai épousé Jeanne, que je prenois pour Marie, j'étois dans la disposition de volonté d'épouser Jeanne, si j'eusse sçu que c'étoit Jeanne qu'on vouloit me donner en mariage ? Même en ce cas le mariage est nul par défaut de consentement ; car pour former le consentement, il ne suffit pas que j'eusse voulu épouser Jeanne ; il faut que je l'aie effectivement voulu. Or, on ne peut pas dire que j'ai voulu épouser Jeanne, puisque c'est Marie que j'ai cru & que j'ai voulu épouser.

309. Mais si après avoir reconnu l'erreur, je consens de prendre pour femme, Jeanne que j'avois d'abord pris pour Marie, ce consentement réhabilite mon mariage avec cette femme, lequel avant ce consentement étoit nul : ainsi le mariage de Jacob avec Lia fut réhabilité, lorsqu'après avoir reconnu que la femme qu'on lui avoit donnée, qu'il croyoit être Rachel, étoit Lia, il consentit d'épouser Lia.

Lorsque j'ai épousé en face d'Eglise,

Digitized by Google

Jeanne que je prenois alors pour Marie, quoique ce ne soit que depuis la bénédiction nuptiale que j'ai reconnu l'erreur, & que j'ai consenti de prendre Jeanne pour ma femme; néanmoins lorsque l'erreur est secrete, la bénédiction nuptiale, qui a précédé mon consentement, suffit pour la publicité de mon mariage avec Jeanne, quoiqu'il n'ait été contracté que depuis par le consentement que j'ai donné depuis l'erreur reconnue, & il n'est pas nécessaire qu'il intervienne une nouvelle bénédiction nuptiale.

§. II.

De l'Erreur sur la qualité de la Personne.

310. Lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage, & n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable.

Par exemple, si j'ai épousé Marie, la croyant noble, quoiqu'elle soit de la plus basse roture, ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée, ou la croyant de bonne rénommée, quoiqu'elle ait été flétrie par Justice; dans tous ces cas, le mariage que j'ai contrac-

Digitized by Google

té avec elle, ne laisse pas d'être valable, nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet.

En vain opposeroit-on que je n'eusse pas voulu épouser Marie, si j'eusse sçu ce que j'ignorois sur son compte; car pour que le mariage que j'ai contracté avec elle soit valable, il n'est pas nécessaire que j'eusse voulu l'épouser, si j'avois eu connoissance de ce que j'ai depuis découvert: il suffit que j'aie effectivement voulu l'épouser. Or, l'erreur en laquelle j'ai été, n'empêche pas que je n'aie voulu effectivement l'épouser: elle ne détruit pas le consentement que j'ai effectivement donné à mon mariage avec Marie; & le mariage ayant été une fois contracté par mon consentement, son caractere d'indissolubilité rend le consentement que j'y ai donné, irrétractable & non sujet à rescision. C'est pourquoi, quand même ce seroit par le dol de Marie que j'aurois été induit dans l'erreur en laquelle j'ai été sur son compte, je ne serois pas recevable à demander pour raison de ce dol, la rescision de mon mariage.

L'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne, est donc bien différente de celle qui tombe sur la personne même; celle-ci est incompatible

Digitized by Google

avec ce qui eſt de l'eſſence du mariage : car il eſt de l'eſſence du mariage qu'il y ait un homme & une femme qui veuillent l'un & l'autre s'épouſer ; ce qui ne ſe trouve pas, lorſque la femme que je parois épouſer, n'eſt pas celle que je veux épouſer : mais il n'eſt pas de même de l'eſſence du mariage, que la femme que j'épouſe ait les qualités que je crois qu'elle a ; il ſuffit qu'elle ſoit celle que j'ai voulu épouſer.

311. Le principe que l'erreur, qui ne tombe que ſur la qualité de la perſonne, n'eſt pas un obſtacle à la validité du mariage, a reçu une exception à l'égard de la condition de ſervitude.

Juſtinien, par ſa Novelle 22, décide que le mariage que je contracte avec une femme eſclave, que je crois libre, eſt nul de plein droit : *ſi ab initio putaverit aliquis liberæ jungi perſonæ, illa verò poſtea famula declaretur exiſtens, non dicimus ſolvi matrimonium, ſed ab initio neque matrimonium fieri, &c.* Nov. 22, cap. 10.

Les canons ont pareillement décidé, que ſi j'ai épouſé une femme que je crois libre, & qui étoit eſclave, cette erreur rend le mariage nul, & on doit me permettre de la quitter & d'en épouſer une autre, à moins que je n'euſſe conſenti à

Digitized by Google

la retenir pour ma femme, depuis que j'ai ſçu qu'elle étoit eſclave. Il en eſt de même du cas auquel une femme auroit épouſé un homme qu'elle croyoit libre & qui étoit eſclave : *ſi quis ingenuus homo uxorem ancillam alterius acceperit & exiſtimat quod ingenua ſit, ſi ipſa fœmina fuerit poſtea in ſervitute detecta, ſi eam à ſervitute redimere poteſt, faciat ; ſi non poteſt, ſi voluerit, aliam accipiat.... Similiter & mulier ingenua de ſervo alterius facere poteſt.* Can. ſi quis 4, cauſ. 29, qu. 2.

Le Concile de Compiegne, tenu l'an 757, dit au canon 5 : *ſi Francus homo accepit mulierem, & ſperat (id eſt exiſtimat) quod ingenua ſit, & poſtea invenit quod non eſt ingenua, dimittat eam ſi vult, & accipiat aliam ; ſimiliter ſi fœmina ingenua accepit ſervum & ſciebat tunc quod ſervus eſſet, habeat interim quo vivit, una lex erit & de viris & fœminis.*

Innocent III, dans ſa Décrétale qui eſt au chap. dern. *ext. de conjug. ſerv.* décide à l'égard d'un ſoldat qui avoit épouſé une femme eſclave, qu'il croyoit être de condition libre, que ſi depuis qu'il a reconnu l'état de cette femme, il n'a pas conſenti à l'avoir pour ſa femme : *ſi poſtquam intellexit conditionem ipſius, nec facto nec verbo conſenſerit in eamdem*, on peut lui permettre de la quitter & d'en épou-

Digitized by Google

ſer une autre : le Pape ne l'oblige pas, comme fait le canon *ſi quis*, à racheter cette femme, s'il eſt poſſible ; car l'homme, par ce mariage qui eſt nul, n'a contracté aucune obligation envers cette femme qui l'a trompé, *quod nullum eſt, nullum producit effectum ;* & ce qui eſt dit à cet égard dans le canon *ſi quis*, ne doit paſſer que pour un conſeil de charité.

Alexandre III & Urbain III, dans leurs Décrétales, cap. 2 & 3, *ext. d. tit.* ſuppoſent le même principe, que l'erreur ſur la condition d'une perſonne eſclave qu'on épouſe, dans la croyance qu'elle eſt libre, rend nul le mariage.

312. La ſervitude étant depuis très-long-temps abolie en France, ces canons ne peuvent plus y recevoir d'application. Il eſt vrai qu'il y a encore dans quelques Provinces de France, telles que le Nivernois, le Bourbonnois, la Bourgogne, des perſonnes qu'on appelle *ſerfs* ; mais elles n'ont ce nom que par rapport à certains devoirs, à certains ſervices ou corvées, auxquels elles ſont ſujettes envers leurs Seigneurs : elles ſont d'ailleurs perſonnes libres, & elles ont même l'état & les droits de citoyen. C'eſt pourquoi ſi j'épouſe une perſonne de cette condition, que je crois être de condition franche, mon erreur ſur ſa condi-

Digitized by Google

tion ne rend pas plus nul le mariage, que l'erreur sur toutes les autres qualités des personnes.

313. Il y a plus de difficulté à l'égard de l'erreur sur l'état civil d'une personne, comme si une femme épousoit un homme qu'elle croyoit jouir de son état civil, & qui est mort civilement par un jugement qui l'a banni à perpétuité hors du Royaume, ou qui l'a condamné aux galeres à perpétuité, d'où il s'est évadé: cette erreur a beaucoup de ressemblance avec l'erreur sur la condition de servitude. En épousant une personne morte civilement, que je crois jouir de son état civil, le mariage que j'ai intention & volonté de contracter, est un mariage qui ait les effets civils, qui ne peut se contracter avec une personne morte civilement, de même qu'il ne pouvoit se contracter avec un esclave.

Néanmoins il n'y a ni loi ni canon qui déclare nul le mariage contracté par cette espece d'erreur; au contraire, il y a des Arrêts qui ont déclaré valides des mariages avec des personnes dont on ignoroit le banniſſement : *v. dict. des Arrêts.* L'Auteur des Conférences de Paris, tome 2, cite une Sentence de l'Officialité de Paris, qui donne congé de la demande d'une femme en caſſation du ma-

Digitized by Google

riage par elle contracté avec un condamné aux galeres perpétuelles, qui s'étoit sauvé des galeres, & dont elle ignoroit l'état, & un Arrêt du Parlement de 1700, qui casse un mariage que cette femme avoit contracté du vivant de ce galerien.

314. Si l'erreur, qui ne tombe que sur les qualités de la personne, n'empêche pas la validité du mariage; à plus forte raison l'erreur dans laquelle on seroit tombé sur le nom de la personne, lorsque la personne est d'ailleurs certaine, ne doit être d'aucune considération: la regle *nil facit error nominis, cum de personâ constat*, est une regle qui peut s'appliquer à toutes sortes de matieres.

ARTICLE II.

De la Violence & de la Séduction.

315. Il y a un consentement dans celui qui fait quelque chose par contrainte, quelque grande que soit la violence qu'on emploie pour l'y contraindre; car il s'y détermine par un acte réfléchi de sa volonté. Il préfere de faire ce qu'on le contraint de faire, plutôt que de s'exposer au mal dont on le menace s'il ne le fait pas; il veut donc le faire, car, *qui mavult, vult*; c'est pourquoi les Jurisconsultes di-

Digitized by Google

ſent : *coacta voluntas, voluntas eſt, volui qui coactus volui.* L. 21, §. 5, ff. *quod met.*

Il y a donc dans celui qui contracte un mariage qu'on le contraint de contracter, une eſpece de volonté de le contracter ; il donne une eſpece de conſentement à ce mariage : mais ce conſentement eſt un conſentement imparfait qui n'eſt que l'effet de la contrainte, & qui concourt avec une volonté contraire qu'il a de ne le pas contracter, s'il n'y étoit pas contraint. Ce conſentement imparfait que donne au mariage celui qu'on contraint par violence à le contracter, n'eſt pas ſuffiſant pour le contracter valablement.

Le conſentement néceſſaire pour la validité du mariage, eſt un conſentement parfait, un conſentement libre & ſpontanée qui eſt incompatible avec la violence qu'on emploieroit pour l'extorquer, ſuivant cette regle de droit : *nihil tam contrarium eſt conſenſui quàm vis & metus*, L. 116, ff. *de reg. jur.*.

316. Toute eſpece de contrainte néanmoins n'eſt pas ſuffiſante pour être cenſée détruire le conſentement & pour faire déclarer nul un mariage qu'une perſonne prétend avoir contracté par contrainte.

Il faut que la violence qu'on a exercée contre lui, ſoit une violence conſidérable, capable de faire impreſſion ſur une per-

Digitized by Google

sonne qui a quelque fermeté d'esprit : *si talis metus inveniatur illatus qui potuit cadere in constantem virum*, cap. 28, *ext. de sponsal.*

Il faut que ce soit *vis atrox & adversus bonos mores*, l. 3. §. 1. ff. *quod met. caus.*

1°. Il faut que ce soit *vis atrox*; c'est-à-dire, qu'il faut que ce soit un grand mal dont il ait été menacé, *metus majoris malitatis.* L. 5. ff. *quod met. caus.* & il faut qu'il ait eté menacé de l'endurer sur le champ, s'il ne consentoit à ce qu'on lui proposoit : *metum præsentem esse oportet, non suspicionem inferendi ejus.* L. 9. ff. d. tit. Si on n'avoit fait à quelqu'un que des menaces vagues pour le faire consentir au mariage qu'il a contracté, son mariage ne laisseroit pas d'être valable.

Pareillement, lorsque la crainte de déplaire à son pere, a porté une fille à consentir contre son inclination à un mariage que son pere a voulu qu'elle contractât, cette crainte ne rend pas nul son mariage.

Il faut 2°. que la violence soit *adversus bonos mores*; c'est-à-dire, il faut que ce soit une violence injuste : c'est pourquoi, si un homme qui auroit abusé une jeune fille, s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps qu'elle auroit obtenu contre lui, & qu'elle étoit prête à mettre à exécution, le mariage sera vala-

Digitized by Google

ble, & cet homme ne sera pas recevable à dire qu'il l'a contracté par violence; car le décret de prise de corps obtenu contre lui, étoit une voie de droit & non pas une violence *adversus bonos mores.*

317. Lorsque la violence par laquelle quelqu'un a été contraint à contracter mariage, a les deux qualités que nous avons dit être requises, pour qu'il puisse faire déclarer nul son mariage, il n'importe par qui elle ait été commise; il n'importe que la personne avec qui on l'a contraint de contracter mariage, ait eu part à cette violence, ou qu'elle n'y en ait eu aucune.

318. Observez aussi que lorsque la violence a ces deux qualités, celui qui a été contraint à contracter mariage est reçu à se pourvoir contre son mariage, quoiqu'il se soit écoulé déja un certain temps depuis qu'il a été contracté, & quoiqu'il y ait des enfants nés de ce mariage. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 24 Avril 1651, rapporté par Soefve & au Journal, par lequel un mariage a été déclaré nul pour cause de contrainte, quoique la partie qui se plaignoit d'avoir été contrainte à le contracter, ne se fût pourvue qu'après trois ans de cohabitation, & qu'il y eût des enfants nés de cette union.

319. Il nous reste à observer à l'égard

Digitized by Google

de la violence employée dans les mariages, que l'Ordonnance de Blois, *art.* 281, veut que les Seigneurs qui contraignent les peres ou les tuteurs à donner leurs filles ou leurs pupilles en mariage à leurs gens, soient punis de la peine du crime de rapt.

320. La séduction n'est pas moins contraire que la violence à la liberté du consentement qui est requise pour le mariage : un consentement surpris par dol & séduction, est imparfait, comme l'est celui extorqué par violence ; c'est pourquoi nous avons vu, *suprà*, *part.* 3, *chap.* 3, *art.* 7, que la séduction étoit un empêchement dirimant de mariage, aussi-bien que le rapt. Nous y renvoyons.

SECTION II.

Du Consentement des Personnes qui doit quelquefois dans les Mariages accéder à celui des Parties contractantes.

ARTICLE. PREMIER.

Du Consentement des Peres, Meres, Tuteurs & Curateurs.

Il faut à cet égard distinguer le mariage des mineurs & celui des majeurs, celui des enfants légitimes & celui des bâtards.

Digitized by Google

§. I.

Du Consentement des Peres, Meres, Tuteurs ou Curateurs, qui doit intervenir dans le Mariage des Mineurs

321. Tous conviennent que les enfants ne doivent contracter mariage qu'avec le consentement de leurs pere & mere, & qu'ils pécheroient griévement s'ils manquoient envers eux à ce devoir. Tous conviennent pareillement que les mineurs qui n'ont ni pere ni mere ne doivent contracter mariage qu'avec le consentement de leurs tuteurs ou curateurs.

La seule question qu'il y ait à cet égard est de sçavoir si le mariage d'une personne mineure, ayant dans le fait été contracté sans le consentement de ses pere, mere, tuteur ou curateur, est nul par le défaut de ce consentement? C'est ce que nous allons examiner.

Le Concile de Trente frappe d'anathême ceux qui disent que le mariage des enfants de famille, contracté sans le consentement de leurs parents, est nul: *Tam etsi dubitandum non est CLANDESTINA MATRIMONIA libero consensu contrahentium facta, rata & vera esse matrimonia quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit,*

Digitized by Google

proindè jure damnandi sint, ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera & rata esse negant, quique falsò affirmant matrimonia à filiis-familias sine consensu parentum contracta irrita esse, & parentes ea rata & irrita facere posse; nihilominus sancta Dei Ecclesia, ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit. Sess. 24.

Le Concile, comme l'a fort bien observé M. Boileau en son Traité des Empêchements de mariage, *ch.* 9. *n.* 7, entend seulement condamner le sentiment de quelques Protestants, qui prétendoient que par le droit naturel, les parents avoient par eux-mêmes le pouvoir de valider ou d'annuller les mariages de leurs enfants, contractés sans leur consentement, sans qu'il fût besoin pour cela qu'il y eût une loi positive qui les déclarât nuls. Mais le Concile n'a pas décidé ni pû décider que dans le cas d'une loi civile qui exigeroit dans les mariages des enfants de famille le consentement de leurs parents, à peine de nullité, leurs mariages contractés sans le consentement de leurs parents, ne laisseroient pas d'être valables. Le pouvoir qu'a la puissance séculiere de prescrire pour le contrat de mariage, de même que pour tous les autres contrats telles loix qu'elle juge à propos, dont l'inobservation rende le contrat nul, est un

Digitized by Google

pouvoir qui lui eſt eſſentiellement attaché, qu'elle tient de Dieu, & dont l'Egliſe n'a jamais voulu ni pu la dépouiller, ſuivant que nous l'avons amplement établi en la premiere Partie de ce Traité.

322. Suivant les loix Romaines, les mariages des enfants de famille n'étoient pas valables ſans le conſentement préalable de celui qui les avoit en ſa puiſſance, *in tantum ut juſſus parentis præcedere debeat*, inſt. de nupt. in princ. & au §. 13, il eſt dit : *Si adverſus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Les grands privileges accordés par les Empereurs aux ſoldats, ne les diſpenſoient pas de cette regle : *Filius-familias miles matrimonium ſine patris voluntate non contrahit.* L. 35, ff. *de rit. nupt.*

Jamais l'Egliſe ne s'eſt élevée contre ces loix, jamais elle n'a regardé comme valables les mariages contractés contre leur diſpoſition ; au contraire, elle les a regardés comme des fornications. C'eſt ce que nous trouvons dans la ſeconde lettre canonique de ſaint Baſile à Amphiloque, *can.* 42, où ce pere dit, que les mariages des eſclaves & ceux des enfants de famille, contractés ſans le conſentement de celui en la puiſſance de qui ils ſont, ſont des fornications plutôt que

Digitized by Google

des mariages, jusqu'à ce que leur consentement intervienne : *Quæ sine iis qui habent potestatem fiunt matrimonia, sunt fornicationes, vivente ergo patre vel Domino ii qui conveniunt non sunt ab accusatione liberi, donec conjugio Domini annuerint, tunc enim firmitatem accepit conjugium.* C'étoit sur cela la doctrine de l'Eglise au temps d'Isidore Mercator, puisque dans la Décrétale qu'il a faussement attribuée au Pape Evariste & qui est rapportée au décret de Gratien, *can. aliter cauſ.* 30, *quæſt.* 5, on appelle *adulteria, contubernia, ſtupra, & fornicationes, matrimonia facta ſine conſenſu parentum.*

Pour prouver que le Concile de Trente en déclarant valables les mariages clandestinement contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents, ne les a considérés que dans le cas auquel il n'y auroit aucune loi positive qui en auroit ordonné autrement, M. Boileau tire encore cet argument de ces termes, *quamdiù ea Eccleſia irrita non fecit*; donc l'esprit du Concile est que l'Eglise pourroit les rendre nuls, si par la suite elle jugeoit à propos de faire un empêchement dirimant du défaut de consentement des parents. La proposition avoit même été faite au Concile par les Evêques François, suivant que le rapporte

Digitized by Google

Fra-paolo, de rendre un décret pour déclarer nuls ces mariages; elle ne passa pas. Mais si l'Eglise a ce droit, à plus forte raison la puissance séculiere doit l'avoir, puisque le contrat de mariage appartenant de même que tous les autres contrats à l'ordre politique, c'est à la puissance séculiere qu'appartient principalement le droit de prescrire les loix qu'elle juge à propos d'établir pour la validité de ce contrat.

323. Toutes ces choses présuppoſées, notre question se réduit à un fait qui est de sçavoir, si nous avons en France une loi qui déclare nuls les mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs peres, meres, tuteurs ou curateurs.

Par les loix de nos Rois de la premiere race, un homme ne pouvoit épouser valablement une fille sans le consentement du pere de la fille, à qui il étoit obligé de la rendre, avec une amende, s'il la redemandoit. C'est ce que nous trouvons dans les Capitulaires du Roi Dagobert en la seconde partie, qui a pour titre, *lex Alemannorum*, cap. 54, article premier, où il est dit : *Si quis filiam alterius non desponsatam* (*) *acceperit sibi uxorem, si pater ejus eam requirit,*

(*) *Sibi à patre filiæ.*

Digitized by Google

reddat eam, & cum quadraginta solidis eam componat (*).

Pareillement, dans les Capitulaires de nos Rois de la seconde race, recueillis par Benedictus-Levita, nous lisons au livre septieme, art. 463 : *aliter legitimum, ut à patribus accepimus, & à sanctis Apostolis eorumque successoribus traditum invenimus, non fit conjugium, nisi ab his qui super fœminam dominationem habere videntur, uxor petatur, &c.... taliter & Domino placebunt, & filios non spurios, sed legitimos atque hereditabiles generabunt.*

324. Ces loix étoient tombées en désuétude : il paroît par le préambule de l'Edit d'Henri II, du mois de Février 1556, qu'il n'y avoit aucune loi en vigueur contre les mariages des enfants de famille, contractés sans le consentement de leur pere & mere ; voici comme cet Edit s'exprime : « Comme sur la » plainte à nous faite des mariages, qui » journellement, par une volonté charnelle, indiscrete & désordonnée se » contractoient en notre Royaume par » les enfants de famille contre le vouloir » & consentement de leurs pere & mere, » n'ayant aucunement devant les yeux » la crainte de Dieu, l'honneur, révé-

(*) *Id est luat pro delicto.*

Digitized by Google

» rence & obéiſſance qu'ils doivent à » leurſdits parents.... nous euſſions long- » temps conclu & arrêté ſur ce faire une » bonne loi & ordonnance par le moyen » de laquelle ceux qui pour la crainte de » Dieu, l'honneur & révérence pater- » nelle & maternelle ne ſeroient détour- » nés & retirés de mal faire, fuſſent par » la ſévérité de la peine temporelle révo- » qués & arrêtés.... Pour ces cauſes....»

Il paroît par ces termes, qu'il n'y avoit aucune loi en vigueur contre ces mariages, & que c'eſt ce qui a porté le Roi à faire cet Edit.

Enſuite l'Edit continue ainſi : « Avons » dit, ſtatué.... que les enfants de famille » ayant contracté, & qui contracteront » ci-après mariages clandeſtins contre le » gré, vouloir & conſentement de leurs » peres & meres, puiſſent pour telle » irrévérence, ingratitude, mépris & » contemnement de leurſdits peres & » meres, tranſgreſſion de la loi de Dieu, » être par leurſdits peres & meres, & cha- » cun d'eux exhérédés..... Puiſſent auſſi » leſdits peres & meres, pour les cauſes » que deſſus, révoquer toutes donations » qu'ils auroient faites à leurs enfants ».

L'Edit continue en ces termes : « Vou- » lons que leſdits enfants, qui ainſi ſeront » illicitement conjoints, ſoient déclarés

Digitized by Google

» audit cas d'exhérédation, & les déclarons incapables de tous avantages qu'ils » pourroient prétendre par le moyen » des conventions apposées ès contrats » de mariage, ou par le bénéfice des » coutumes & loix de notre Royaume ».

Observez que l'Edit ne prononce contre ces enfants, la peine de la déchéance de leurs conventions matrimoniales, & des bénéfices des coutumes *qu'en cas d'exhérédation*; car la loi n'étant faite que pour venger les peres & meres, lorsque les peres & meres veulent bien leur pardonner, la loi leur pardonne aussi.

Il ne suffit pas aux enfants, pour éviter ces peines, d'avoir requis le consentement de leurs pere & mere, s'ils ne l'ont obtenu, sauf en deux cas sur lesquels l'Edit s'explique en ces termes: « N'entendons » comprendre les mariages qui seront » contractés par les fils excédants l'âge » de 30 ans, & les filles ayant 25 ans » passés & accomplis; pourvu qu'ils se » soient mis en devoir de requérir l'avis » & conseil de leursdits pere & mere; ce » que voulons aussi être gardé pour le » regard des meres qui se remarient, desquelles suffira requérir leur conseil, & » ne seront lesdits enfants audit cas, tenus » d'attendre leur consentement ».

Enfin l'Edit ajoute d'abondant: «Avons » ordonné

Digitized by Google

» ordonné que lesdits enfants.... & ceux » qui auront traité tels mariages avec » eux & donné conseil ou aide pour la » consommation d'iceux soient sujets à » telles peines qu'elles seront avisées se- » lon l'exigence des cas par nos Ju- » ges, *&c.* »

325. Cette Ordonnance de Henri II, a été confirmée par celle d'Henri III, aux Etats de Blois, *article* 41.

En l'article 40 il est dit : « Enjoignons » aux Curés de s'enquérir de la qualité » de ceux qui voudront se marier, & s'ils » sont enfants de famille ou en puissance » d'autrui : nous leur défendons de passer » outre à la célébration desdits mariages, » s'il ne leur apparoît du consentement » des peres, meres, tuteurs ou cura- » teurs, sur peine d'être punis comme » *fauteurs du crime de rapt.*

L'Edit de Melun, du même Roi, confirme l'article quarantieme de l'Ordonnance de Blois ci-dessus rapporté.

326. Louis XIII par sa Déclaration du 26 Novembre 1639, nous dit que les peines portées par les Ordonnances des Rois ses prédécesseurs contre les mariages contractés par des enfants de famille sans le consentement de leurs peres & meres, n'ayant pu les arrêter, il a jugé à propos pour les réprimer, d'en ajouter de

Digitized by Google

nouvelles. Et en l'article 2, il dit : « Le » contenu en l'Edit de l'an 1556, & aux » articles 41.... de l'Ordonnance de Blois » ſera obſervé, & y ajoutant.... avons dé- » claré & déclarons les veuves, fils & » filles moindres de 25 ans qui auront » contracté mariage contre la teneur deſ- » dites Ordonnances, privés & déchus » par le ſeul fait, enſemble les enfants » qui en naîtront & leurs hoirs, indi- » gnes & incapables à jamais des ſucceſ- » ſions de leurs peres, meres & aïeuls, » & de toutes autres, directes & collа- » térales, comme auſſi des droits & avan- » tages qui pourroient leur être acquis » par contrats de mariage & teſtaments, » ou par les coutumes & loix de notre » Royaume, même du droit de légitime, » & les diſpoſitions qui ſeront faites au » préjudice de notre Ordonnance, ſoit en » faveur des perſonnes mariées, ſoit par » elles au profit des enfants nés de ces » mariages, nulles, & de nul effet & va- » leur : voulons que les choſes ainſi don- » nées.... demeurent irrévocablement ac- » quiſes à notre fiſc, ſans que nous en » puiſſions diſpoſer qu'en faveur des Hô- » pitaux ou autres œuvres pies, *&c.* »

Quoique ces loix que nous venons de rapporter, en condamnant les mariages contractés par les enfants de famille ſans

Digitized by Google

le consentement de leurs pere & mere, paroissent se borner à infliger des peines aux enfants qui les contractent & à ceux qui y ont part, & qu'aucune n'ait déclaré en termes formels & précis que les mariages des mineurs contractés sans le consentement de leurs pere & mere, sont nuls ; néanmoins si on considere attentivement l'esprit de ces loix, on découvrira facilement qu'elles réputent nuls & non-valablement contractés tous les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs pere & mere.

L'article 40 de l'Ordonnance de Blois ci-dessus rapporté, en défendant aux Curés de passer outre à la célébration du mariage de ceux qui sont enfants de famille ou en puissance d'autrui, s'il ne leur apparoît du consentement des pere & mere, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt*, le donne assez à entendre : puisque l'Ordonnance veut que les Curés soient en ce cas poursuivis *comme fauteurs du crime de rapt*, pour cela seul qu'ils ont marié un mineur sans le consentement de ses pere ou mere ; elle suppose donc qu'un mariage de mineur doit passer pour entaché du vice de séduction, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses pere & mere, n'y ayant

Digitized by Google

qu'une grande séduction qui puisse porter un mineur à manquer à ce devoir. Mais si le mariage d'un mineur, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses pere & mere, est réputé entaché du vice de séduction, c'est une conséquence nécessaire qu'il est pour cela seul réputé nul & non-valablement contracté, la séduction étant contraire à la liberté du consentement qui est de l'essence du mariage, & étant un empêchement dirimant de mariage, *suprà*, *n.* 225 & 228.

Cette présomption du vice de séduction dans le mariage des mineurs, que l'Ordonnance fait résulter du défaut de consentement des pere & mere, est du nombre des présomptions qu'on appelle en droit, *præsumptiones juris*, qui sont équipollentes à une preuve parfaite, & qui dispensent d'en apporter d'autres.

On peut bien avoir besoin d'autres preuves pour faire déclarer coupable de la séduction, la personne que le mineur a épousée sans le consentement de ses pere mere & pour infliger des peines à cette personne; mais on n'en a pas besoin pour déclarer nul le mariage; c'est pourquoi, comme l'observa M. d'Agueſſeau dans son plaidoyer qui sera ci-dessous cité, on trouve plusieurs Arrêts qui ont déclaré un mariage nul, en mettant hors de Cour

Digitized by Google

ſur l'extraordinaire contre la perſonne que le mineur avoit épouſée & par qui on le prétendoit avoir été ſuborné.

La raiſon eſt que pour que le mariage d'un mineur, contracté ſans le conſentement de ſes pere & mere ſoit réputé entaché du vice de ſéduction & en conſéquence nul, il ſuffit qu'il y ait eu une ſéduction qui eſt toujours préſumée; mais il n'eſt pas néceſſaire que ce ſoit la perſonne que le mineur a épouſée qui en ſoit coupable: il n'importe de quelle part la ſéduction ſoit venue; quand même, ce qui arrive ſouvent, elle auroit été réciproque, le mariage n'en ſeroit pas moins cenſé entaché du vice de ſéduction, & en conſéquence nul; car une ſéduction, pour être réciproque, n'en eſt pas moins contraire à la liberté du conſentemenr qui eſt de l'eſſence du mariage.

La ſéduction en ce cas n'eſt conſidérée que dans la choſe même; on ne conſidere pas de la part de qui elle vient: quand même ce ſeroit le mineur qui s'eſt marié ſans le conſentement de ſes pere & mere, qui ſe ſeroit ſéduit lui-même par ſa paſſion; quand même celle qu'il a épouſée n'y auroit contribué que par le malheur qu'elle a eu de lui plaire, la ſéduction ne laiſſeroit pas d'être en ce cas préſumée, & le mariage en conſéquence réputé

Digitized by Google

nul, comme l'obſerva M. d'Agueſſeau.

Ce que l'Ordonnance de Blois, *art.* 40, a ordonné pour la publication des bans de mariage, & pour la maniere d'en obtenir diſpenſe, ſi on fait attention aux motifs qu'elle a eu pour faire ces diſpoſitions, ſert auſſi à convaincre que l'eſprit de cette Ordonnance a été d'annuller les mariages des mineurs faits ſans le conſentement de leurs pere & mere.

Cet article que nous avons rapporté *ſuprà*, n. 69, Part. II, dit: *pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandeſtins*, avons ordonné que nos ſujets *ne pourront valablement contracter Mariage ſans proclamations précédentes de bans*. Si on examine quel a été le principal motif qui a porté l'Ordonnance à preſcrire cette formalité de la publication des bans, on s'appercevra facilement que ſon principal objet en preſcrivant cette formalité & en la preſcrivant à peine de nullité des mariages, a été d'empêcher les mineurs de ſe marier à l'inſçu de leurs pere & mere & ſans leur conſentement; en effet, le defaut de publication de bans paſſe pour être de nulle conſidération dans les mariages des majeurs: même à l'égard du mariage des mineurs, le défaut de publication de bans n'y eſt pas conſidéré lorſque les pere & mere du mineur ne ſe plai-

Digitized by Google

gnent pas du mariage & qu'il a été fait de leur consentement ; il est donc évident que l'Ordonnance de Blois, en prescrivant la formalité de la publication des bans, à peine de nullité des mariages, n'a pu avoir d'autre vue principale que celle d'empêcher les mineurs de pouvoir valablement contracter mariage sans le consentement de leurs pere & mere. Cela supposé, l'Ordonnance de Blois, en déclarant nuls & non-valablement contractés les mariages, lorsqu'on auroit manqué d'observer une formalité principalement établie pour empêcher les mineurs de se marier à l'insçu & sans le consentement de leurs pere & mere, ne fait-elle pas suffisamment connoître que son esprit est que les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs pere & mere, ne puissent subsister, & qu'ils soient réputés non-valablement contractés ? pourroit-on penser, sans absurdité, que l'Ordonnance eût pu avoir plus d'indulgence pour le mal même qu'elle a voulu prévenir & empêcher, que pour l'inobservation d'une formalité qu'elle n'a établie que pour le prévenir & l'empêcher ?

Pour se convaincre encore plus que l'esprit de nos loix est de regarder comme nuls les mariages des mineurs contractés sans le consentement de leurs pere &

Digitized by Google

mere, on peut tirer argument de la seconde disposition de l'article 40 de l'Ordonnance de Blois, rapportée *suprà*, *n.* 78, qui porte que la dispense de quelqu'une des proclamations de bans ne pourra être accordée que du consentement des principaux parents des parties contractantes, & par conséquent de leurs pere & mere; & de la disposition de la Déclaration du 28 Septembre 1639, rapportée *suprà*, *n.* 76, qui exige le consentement des pere & mere, tuteurs & curateurs, pour la proclamation des bans des mineurs. Si ces loix requierent le consentement des pere & mere des mineurs, pour que leurs bans soient valablement publiés; si elles le requierent pour les dispenses des bans, pour qu'elles soient valablement obtenues; n'est-il pas évident que l'esprit de ces loix est de requérir à plus forte raison ce consentement des pere & mere au mariage des mineurs, pour qu'il soit valablement contracté? le mariage étant quelque chose de plus important que les proclamations de bans & les dispenses, & ce consentement n'étant requis pour les proclamations de bans & pour les dispenses, que pour parvenir à la fin que les mineurs ne puissent valablement contracter mariage sans le consentement de leurs pere & mere.

Digitized by Google

Nous avons puisé tout ce que nous venons de dire sur la nécessité du consentement des pere & mere pour la validité du mariage des mineurs, dans le Plaidoyer de Monsieur d'Agueſſeau, dans la cause de Melchior Fleuri contre la D^lle de Rezac, qui se trouve au troisieme volume de ses Ouvrages & qui est le trentieme de ses Plaidoyers. Il faut le lire en entier; les Plaidoyers de ce grand Magistrat sont faits avec une précision si admirable, qu'il n'y a pas un mot à en retrancher, & qu'on ne peut les extraire sans les énerver.

Toutes les loix que nous avons rapportées, qui concernent le mariage des mineurs de vingt-cinq ans, ont lieu, même dans les Coutumes qui permettent aux enfans de se marier après l'âge de vingt ans sans le consentement des peres. La Déclaration du 26 Novembre 1639 y déroge expressément : elles ont lieu même à l'égard de ceux qui dans certaines Provinces du Royaume sont réputés majeurs à vingt ans; cette majorité coutumiere que la loi de leur pays leur accorde, n'a aucun effet en matiere de mariage, & elle n'empêche pas que le mariage que ces mineurs de vingt-cinq ans, majeurs de majorité coutumiere auroient contracté sans le consentement de leurs pere & mere, ne doive être déclaré non-valablement con-

Digitized by Google

tracté. Basnage, sur la Coutume de Normandie, en fait une maxime qu'il autorise d'un Arrêt du 28 Janvier 1659, lequel sur l'appel comme d'abus qu'une mere avoit interjetté du mariage que son fils majeur de majorité coutumiere, mais mineur de 25 ans avoit contracté sans son consentement, déclara le mariage nul. Il y a un autre Arrêt du 18 Mars 1651, rapporté par Soefve, qui a jugé la même chose.

327. Quand même le mineur François auroit contracté son mariage sans le consentement de son pere ou de sa mere, hors le Royaume & dans un lieu dont les loix ne regardent pas ces mariages comme nuls, il ne laisseroit pas d'être déclaré nul & abusif, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 229.

328. L'éloignement du lieu où demeurent le pere ou la mere, lorsque ce lieu est connu, ne dispense pas l'enfant d'obtenir ce consentement; l'approbation donnée au mariage par les plus proches parents convoqués à cet effet devant le Juge, ne supplée pas à ce consentement & ne purge pas la présomption du vice de séduction qui résulte du défaut de ce consentement. C'est ce qui a été jugé il y a environ une trentaine d'années, à l'égard du mariage d'une Demoiselle de notre ville d'Orléans. Le mariage de cette De-

Digitized by Google

moiselle mineure avoit été célébré à Orléans sans le consentement de sa mere qui demeuroit dans l'isle de Saint-Domingue ; le Prévôt d'Orléans avoit homologué l'avis des parents qui avoient tous approuvé le mariage, & en avoit en conséquence permis la célébration. Sur l'appel comme d'abus, interjetté par la mere dont on n'avoit pas obtenu le consentement, le mariage a été déclaré nul & abusif, & il a été fait défense au Prévôt d'Orléans d'homologuer pareils avis.

329. Il n'en est pas de même lorsque le pere ou la mere du mineur est absent de longue absence & qu'on ne sçait où il est : le mineur ne devant pas en ce cas être tenu à l'impossible, il peut après information faite de son absence, être dispensé d'obtenir son consentement, qui doit en ce cas être suppléé par celui du tuteur & de la famille.

330. Par la Déclaration du Roi du 6 Août 1686, les enfants sont aussi dispensés d'avoir pour leur mariage le consentement de leur pere ou mere qui se sont retirés dans les pays étrangers pour cause de religion ou pour quelqu'autre cause ; mais le mineur doit en ce cas suppléer à ce consentement par celui de son tuteur, & par un avis de six des plus proches parents & alliés, ou à défaut de parents,

Digitized by Google

d'amis ou voisins assemblés devant le Juge Royal ; & s'il n'y a point de Juge Royal, devant le Juge ordinaire des lieux. La Déclaration du 24 Mai 1724, article 16, dit la même chose, & ajoute : « En cas qu'il n'y ait que le pere ou » la mere desdits enfants mineurs qui » soit sorti du Royaume, il suffira d'as- » sembler trois parents ou alliés du côté » de celui qui sera sorti du Royaume, ou » à leur défaut trois voisins ou amis, » lesquels avec le pere ou la mere qui se » trouvera toujours présent, & le tuteur » ou curateur, s'il y en a autre que le pere » ou la mere, donneront leur consente- » ment, s'il y échoit au mariage pro- » posé ».

331. A plus forte raison, le consentement du pere ou de la mere n'est pas nécessaire lorsqu'ils ont perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale ; car la mort civile leur fait perdre tous les droits de famille & de puissance paternelle, & les fait réputer comme n'existant plus dans la société civile.

Cela doit avoir lieu, quoique lors du mariage du mineur, contracté sans le consentement de son pere condamné par contumace à une peine capitale, le pere fût dans les cinq ans, & qu'il ait depuis purgé

Digitized by Google

la contumace & ait été absous ; car quoique l'état civil du pere fût alors plutôt suspendu qu'entiérement perdu, & que même par l'effet rétroactif du jugement d'absolution, il soit réputé ne l'avoir jamais perdu, il suffit que lors du mariage le pere dans le fait ne jouit pas de son état civil, qu'il fût réputé être en fuite, pour que le mineur ait été alors en droit de s'en passer & de le faire suppléer par celui de son tuteur & de sa famille.

On peut, pour notre décision, tirer argument de ce qui est décidé en la loi 12, §. 15, *ff. de capt. & postlim. rev.* que le mariage qu'un fils de famille a contracté sans le consentement de son pere, pendant que son pere étoit captif, étoit valable, quoique depuis, le pere par son retour ait *jure postliminii* recouvré tous ses droits, & soit réputé ne les avoir jamais perdu.

Tout ce que nous venons de décider, concerne le for extérieur ; les enfants soit majeurs, soit mineurs ne doivent dans le for de la conscience se marier sans en demander l'agrément à leurs pere & mere qui ont perdu l'état civil, lorsqu'ils sont à portée de le leur demander ; car la mort civile des pere & mere ne dispense pas les enfants des devoirs naturels dont ils sont tenus envers eux

Digitized by Google

civilis ratio naturalia jura corrumpere non poteſt.

332. Il reſte la queſtion de ſçavoir dans le cas auquel un mineur ayant requis le conſentement de ſon pere ou de ſa mere pour un mariage qu'il prétend lui être très-avantageux, le pere ou la mere refuſent de le donner, & n'alléguent aucune raiſon de leur refus ou n'en alléguent que de mauvaiſes, ſi le mineur peut ſur un avis de parents être diſpenſé par le Juge de ce conſentement, & autoriſé à paſſer à la célébration du mariage ? Je penſe qu'ordinairement le Juge ne doit pas diſpenſer le mineur de ce conſentement, & que le mineur doit en ce cas attendre le temps de ſa majorité. On doit préſumer de la piété paternelle, que ſi le pere ou la mere refuſent leur conſentement, c'eſt qu'ils ont pour cela de bonnes raiſons qu'ils ne jugent pas à propos de dire.

Il paroît néanmoins y avoir des cas auxquels l'avantage du mariage pour lequel le pere & la mere refuſent leur conſentement, ſeroit ſi grand & ſi évident, & l'injuſtice du refus ſi évidente, qu'ils pourroient diſpenſer le mineur de leur conſentement ſur un avis de parents. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 17 Juillet 1722, rapporté au ſeptieme tome du Journal, par lequel un mineur ſur un avis

Digitized by Google

de parents a été autorisé à contracter un mariage avantageux auquel la mere refusoit de consentir. Cela pourroit souffrir plus de difficulté à l'égard du pere

Soefve, *tom.* 2, *cent.* 2, *chap.* 93, en rapporte un qui a permis à une jeune Demoiselle mineure, qui n'avoit ni pere ni mere, de passer outre au mariage avec un jeune Gentilhomme, nonobstant l'opposition formée par son aïeul maternel; attendu que ce mariage étoit louable, qu'il se faisoit du consentement de la plus grande partie de la famille; que cet aïeul y avoit donné lui-même auparavant son consentement, qu'il ne révoquoit que sur le prétexte d'une accusation d'un crime capital intentée par des tiers contre l'accordé, dont il avoit été renvoyé absous

Quoiqu'un garçon doive avoir trente ans, pour qu'il puisse se marier sans le consentement de ses pere & mere après l'avoir requis, sans encourir la peine d'exhérédation; nous trouvons un Arrêt du 7 Septembre 1684, au quatrieme tome du Journal des Audiences, qui a permis à un jeune homme âgé de 27 ans de contracter un mariage agréé de sa mere & de ses parents, contre la volonté de son pere.

333. Lorsqu'un mineur n'a ni pere

Digitized by Google

ni mere, il doit faire intervenir pour son mariage le consentement de son tuteur, ou curateur. Le Curé ne doit pas le marier sans que le mineur lui ait fait apparoir de ce consentement; & lorsque dans le fait il l'a marié, le mariage est présumé de droit entaché du vice de séduction; & sur l'appel du tuteur ou curateur, il doit être déclaré nul & abusivement contracté.

Ce qui ne doit s'entendre que des curateurs qui ont le mineur sous leur puissance & non d'un simple curateur aux causes créé à un mineur émancipé. Un tel curateur n'a pas de qualité pour empêcher le mariage du mineur, comme l'a observé M. Bignon dans son Plaidoyer dont l'extrait est rapporté par Soefve, *tom.* 2, *cent.* 3, *ch.* 72.

334. Lorsqu'un mineur a un tuteur honoraire, & un tuteur onéraire, c'est le tuteur honoraire qui doit consentir au mariage; car c'est lui qui a le gouvernement de la personne du mineur : le tuteur onéraire n'est créé que pour l'administration de ses biens.

Observez que lorsqu'un mineur a un tuteur en France, & un autre tuteur dans les Colonies, c'est le tuteur du lieu où le pere du mineur avoit son domicile lors de son décès, qui doit donner son

Digitized by Google

consentement par écrit au mariage du mineur, sur un avis de parents assemblés devant le Juge qui l'a nommé. Déclaration du 15 Décembre 1721, *art.* 5. Ce Juge peut quelquefois pour de grandes considérations, avant que d'homologuer l'avis des parents par lui reçu, ordonner que le tuteur de l'autre lieu sera entendu pardevant le Juge qui l'a nommé, ensemble les parents qui sont audit lieu sur le mariage proposé, pour, leur avis rapporté, être ordonné ce qu'il appartiendra.

La Déclaration du Roi du premier Février 1743, *ibidem art.* 12, porte la même chose.

335. Le consentement des tuteurs & curateurs n'est nécessaire que lorsque le mineur n'a ni pere ni mere. Lorsque sur le refus d'un pere ou d'une mere d'avoir la tutelle de ses enfants, on leur a créé un tuteur, le pere & la mere ne laissent pas d'avoir en ce cas le gouvernement des personnes de leurs enfants: le tuteur qu'on leur a créé, est créé pour administrer leurs biens, & par conséquent c'est au pere ou à la mere, plutôt qu'à ce tuteur, à qui il appartient de donner son consentement au mariage de leurs enfants.

336 Il y a quelques différences entre le consentement que doivent donner les pere & mere au mariage de leurs en-

Digitized by Google

fants, & celui que doivent donner les tuteurs & curateurs des mineurs qui n'ont ni pere ni mere.

1°. Les pere & mere n'ont pas besoin pour donner leur consentement au mariage de leur enfant mineur, de prendre l'avis des autres parents ; au contraire, le tuteur ne doit donner son consentement au mariage de son mineur, qu'après avoir pris l'avis des plus proches parents, tant paternels que maternels du mineur, qu'il doit pour cet effet convoquer devant le Juge. Ordonnance de Blois, *art.* 43.

2°. Le consentement que les tuteurs & curateurs refusent de donner au mariage de leurs mineurs, peut être bien plus facilement suppléé que celui des peres & meres. Le Juge, sur le refus du tuteur de donner son consentement au mariage, permet au mineur de faire assembler devant lui ses plus proches parents, & après les avoir entendus, & fait rédiger les avis de chacun des parents convoqués, & les raisons sur lesquelles ils le fondent, il renvoie les parties à l'Audience, pour juger si on doit permettre au mineur de passer à la célébration du mariage.

Enfin, & c'est la principale différence entre le consentement des pere & mere,

Digitized by Google

& celui des tuteurs, le défaut de consentement des pere & mere, par cela seul que les enfans mineurs ont mépriſé ce consentement, rend le mariage nul & le fait présumer entaché du vice de séduction, n'y ayant qu'une grande séduction qui puiſſe porter un fils à ſe ſouſtraire à ce qu'il doit à cet égard à ſes pere & mere; au contraire, le défaut de consentement des tuteurs, ne rend le mariage nul & présumé entaché du vice de séduction, que lorſqu'il paroît de la ſurpriſe, & que le mariage eſt déſavantageux au mineur par une inégalité de condition ou de biens. Cette différence entre les pere & mere à cet égard, & les tuteurs, eſt obſervée dans l'Extrait d'un Plaidoyer de M. Talon au *tom.* 2. *du Journal des Audiences, liv.* 4, *ch.* 47.

§. II.

Du Conſentement des Pere & Mere au Mariage de leurs enfants majeurs.

337. Les enfants majeurs, auſſi-bien que les enfants mineurs, ſont obligés de requérir le conſentement de leurs pere & mere à leur mariage.

Mais il y a deux grandes différences à l'égard de ce conſentement, entre les enfants majeurs & les mineurs.

Digitized by Google

La premiere eſt que ſi les majeurs ont été mariés ſans avoir requis dans les formes juridiques le conſentement de leur pere ou mere, leur mariage n'eſt point pour cela préſumé entaché du vice de ſéduction, comme l'eſt celui des mineurs; & il ne peut en conſéquence être attaqué par leur pere ou mere, dont ils ont négligé de requérir le conſentement: ils ſont ſeulement ſujets en ce cas à la peine de l'exhérédation, pour avoir manqué à leur devoir.

Augear rapporte un Arrêt du 2 Septembre 1687, ſur les concluſions de M. de Lamoignon, qui a confirmé le mariage d'un Avocat, contracté en majorité avec une ſervante, ſans avoir égard à l'appel comme d'abus interjetté par la mere, à l'inſçu de laquelle il avoit été contracté.

La Déclaration de 1639 déclare expreſſément les fils, quoique majeurs de trente ans, & les filles, quoique majeures de vingt-cinq ans, ſujets à la peine de l'exhérédation, lorſqu'ils ſe ſont mariés ſans avoir requis par écrit le conſentement de leurs pere & mere.

L'Edit du mois de Mars 1697, y ſoumet même les veuves majeures de vingt-cinq ans, auſſi-bien que les autres enfants. Il dit que c'eſt *en ajoutant* à l'Edit de 1556,

Digitized by Google

& à l'article II de la Déclaration de 1639, parce que l'Edit de 1556 n'avoit point parlé du tout des veuves, & que l'article II de la Déclaration de 1639, avoit bien, dans la premiere partie de cet article qui concerne les mineurs, compris expressément les veuves mineures ; mais que dans la seconde qui concerne les majeurs, il n'avoit pas parlé des veuves.

Lorsque lesdits enfants, quoique majeurs de vingt-cinq ou de trente ans, & même les veuves majeures de 25 ans, non-seulement n'ont pas requis le consentement de leur pere ou mere ; mais encore ont affecté par une clandestinité, de leur en dérober la connoissance, l'Edit de 1697 augmente la peine, en ordonnant que si lesdites veuves, fils ou filles majeurs, demeurants actuellement avec leurs pere & mere, contractent à leur insçu des mariages, comme habitants d'une autre paroisse, sous prétexte de quelque logement qu'ils y ont pris peu de temps auparavant leur mariage, ils soient par le seul fait, ensemble les enfants qui naîtront de leurs mariage, privés des successions de leurs pere, mere, aïeuls & aïeulles, & de tous autres avantages, même du droit de légitime. Leur mariage outre cela, peut être déclaré nul

Digitized by Google

pour le défaut de préſence du propre Curé, comme nous le verrons *infrà*.

338. La ſeconde différence eſt qu'il ne ſuffit pas aux mineurs de requérir le conſentement de leurs pere & mere à leur mariage, il faut qu'ils l'obtiennent, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

Au contraire, auſſitôt qu'une fille eſt majeure de 25 ans, & auſſitôt qu'un garçon eſt majeur de trente ans, ils ſatisfont (au moins pour le for extérieur) à tout ce qu'ils doivent à leur pere & mere, en requérant d'eux dans la forme légitime leur conſentement. Lorſqu'ils l'ont ainſi requis, quoiqu'ils ne l'aient pas obtenu, ils ne ſont pas ſujets à la peine de l'exhérédation.

Néanmoins, ſi le mariage étoit tout-à-fait honteux & deshonorant, comme ſi un fils majeur de trente ans, d'une condition honnête, avoit demandé à ſon pere ſon conſentement pour épouſer une Comédienne, ou une femme qui auroit été repriſe de Juſtice; ſi une fille l'avoit demandé pour épouſer ſon laquais, la requiſition faite au pere de ſon conſentement, ne devroit pas ſouſtraire l'enfant à la peine de l'exhérédation; car bien-loin que l'enfant ſatisfaſſe en ce cas en partie au reſpect qu'il doit à ſon pere, en lui

Digitized by Google

demandant ſon conſentement, la requiſition du conſentement de ſon pere pour un tel mariage, eſt une inſulte qui augmente l'outrage qu'il lui fait par ce mariage, bien loin de le diminuer.

339. Les différences que nous avons obſervées entre les enfants majeurs qui ſe marient ſans le conſentement de leurs pere & mere, & les mineurs, n'ont pas lieu lorſque le mariage de l'enfant, quoiqu'il n'ait été contracté qu'en majorité, eſt une ſuite de ſa ſéduction en minorité. C'eſt pourquoi, ſi un fils a contracté mariage *cum turpi perſonâ*, quoiqu'il l'ait contracté en majorité; ſi dès ſa minorité il avoit vécu dans le déſordre avec cette fille, ſon mariage étant en ce cas une ſuite de ſa ſéduction en minorité, pourroit être déclaré nul, de même que s'il eût été contracté en minorité, & le rendroit pareillement ſujet à la peine de l'exhérédation. C'eſt une maxime de Monſieur l'Avocat-Général Bignon, rapportée par l'Auteur du Journal des Audiences, tome 2, ſur un Arrêt du 2 Juillet 1660.

340. L'Arrêt de réglement du 27 Août 1692, preſcrit la forme légitime dans laquelle les enfants doivent requérir le conſentement de leurs pere & mere pour leur mariage.

L'enfant doit commencer par préſen-

Digitized by Google

ter au Juge Royal du lieu du domicile de ſes pere & mere, une requête aux fins qu'il lui ſoit permis de faire à ſes pere ou mere des ſommations reſpectueuſes, de lui donner leur conſentement au mariage qu'il ſe propoſe de contracter avec un tel ou une telle. En conſéquence de la permiſſion que le Juge met au bas de la requête, l'enfant doit ſe tranſporter chez ſes pere ou mere, avec deux Notaires, ou un Notaire & deux témoins; & là les requérir de lui accorder leur conſentement au mariage qu'il ſe propoſe de contracter avec une telle, de laquelle requiſition, le Notaire dreſſe un acte; c'eſt ce qu'on appelle *ſommation reſpectueuſe.*

Il en doit être fait au moins deux.

341. Lorſqu'un garçon eſt majeur de vingt-cinq ans, mais au-deſſous de l'âge de trente ans, il ne lui ſuffit pas pour ſe mettre à couvert de la peine de l'exhérédation, de requérir par des ſommations reſpectueuſes, le conſentement de ſes pere ou mere pour ſon mariage; il faut qu'il l'obtienne, faute de quoi il eſt ſujet à la peine, l'Edit de 1556, art. 8, n'ayant excepté de la peine de l'exhérédation que les fils excédants trente ans; mais ſon mariage ne peut pas être attaqué, & en cela il differe du mineur.

Le

Digitized by Google

Le pere n'eſt pas même fondé à s'oppoſer au mariage; c'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 12 Février 1718, rapporté au ſeptieme tome du Journal des Audiences, qui donne congé de l'oppoſition formée par un pere au mariage de ſon fils, âgé de vingt-ſix ans. M. Chauvelin, ſur les concluſions duquel l'Arrêt fut rendu, dit, ſuivant que le rapporte le Journaliſte, qu'un majeur, quoiqu'au-deſſous de trente ans, ne pourroit être empêché de ſe marier ſans le conſentement de ſon pere, qu'il s'expoſoit ſeulement à l'exhérédation. Au reſte, il y a lieu à la peine de l'exhérédation, quand même le mariage fait ſans le conſentement des pere ou mere ſeroit un mariage ſortable, ſauf qu'en ce cas on tempere l'exhérédation, en adjugeant ſur les biens du défunt une ſomme en uſufruit à l'exhérédé, & la propriété de cette ſomme aux enfants nés & à naître de ce mariage.

§. III.

Si le Conſentement des Peres & Meres, Tuteurs & Curateurs, eſt requis pour le Mariage des Bâtards.

342. L'obligation en laquelle ſont les enfants, ſoit d'obtenir, ſoit, lorſqu'ils ont paſſé un certain âge, de requérir au moins

Digitized by Google

le consentement de leurs pere & mere pour leur mariage, est un effet du droit de puissance paternelle que les pere & mere ont sur leurs enfants : ce droit de puissance paternelle étant un des effets civils du mariage, comme nous le verrons *infrà*, *Part.* 5. Les pere & mere ne peuvent avoir ce droit que sur les enfants qui leur sont nés ou censés nés d'un légitime mariage : ils n'ont point ce droit de puissance paternelle sur leurs bâtards, d'où il suit que leurs bâtards ne sont pas dans l'obligation, ni d'obtenir, ni même de requérir leur consentement. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt du premier Février 1662, rapporté au second tome du Journal des Audiences, *l.* 8, *ch.* 47, par lequel sur l'appel comme d'abus interjetté par une mere du mariage de son fils bâtard, qui étoit un jeune homme âgé de vingt-trois ans, revêtu d'une charge de Secrétaire du Roi, qui avoit épousé la fille d'une vendeuse de chapeaux sous le petit Châtelet, la Cour mit les parties hors de Cour.

Lorsque les bâtards sont mineurs, ils ont comme les autres besoin pour se marier, du consentement de leur tuteur ou curateur, & lorsqu'ils n'en ont point, on doit leur en créer un.

Digitized by Google

ARTICLE II.

Du Consentement du Roi pour le Mariage des Princes.

343. Suivant un ancien usage qui s'est toujours pratiqué dans le Royaume, les Princes du Sang ne peuvent contracter mariage sans le consentement du Roi. On agita beaucoup dans le dernier siecle, si le défaut de ce consentement étoit un empêchement dirimant de mariage ? La question fut agitée à l'occasion du mariage de Gaston, Duc d'Orléans, que ce Prince avoit contracté avec la Princesse Marguerite de Lorraine sans le consentement du Roi. Sur l'appel comme d'abus de ce mariage interjetté par le Procureur-Général, par Arrêt du mois de Septembre 1634, sur les conclusions de M. Jerôme Bignon, ce mariage fut, pour le défaut de ce consentement, déclaré nul. L'Assemblée du Clergé de 1635 donna aussi une Déclaration, insérée dans le procès-verbal des actes de cette Assemblée, par laquelle elle reconnut que, suivant un ancien usage du Royaume de France, les Princes du Sang ne pouvoient contracter mariage sans le consentement du Roi, & que le défaut de ce consentement ren-

Digitized by Google

doit le mariage nul. Le Prince reconnut la nullité de son mariage par acte du 16 Août 1635 ; mais depuis étant rentré en grace, il obtint la permission de le réhabiliter, & il fut de nouveau célébré par l'Archevêque de Paris à Meudon au mois de Mai 1647.

On avoit consulté pour cette affaire les Docteurs de Sorbonne, qui pour la plupart avoient donné leur avis pour la nullité du mariage. Ceux qui firent difficulté de le donner, ne furent arrêtés que parce qu'ils ne croyoient pas que dans les monuments de l'histoire qui établissoient l'obligation des Princes & des Grands du Royaume, d'obtenir le consentement du Roi pour leurs mariages, il se trouvât aucune loi assez formelle & assez précise, pour faire du défaut de ce consentement, un empêchement dirimant ; mais ils convenoient que le Roi avoit le pouvoir d'en établir un pour l'avenir, s'il jugeoit à propos d'en faire une loi. Tel étoit le sentiment de M. Hennequin, célébre Professeur de Sorbonne, qui suivant une anecdote que nous rapporte M. Boileau dans son Traité des Empêchements de mariage, ayant été mandé par le Cardinal de Richelieu pour dire son avis sur ce mariage, répondit : *le mariage est bon*, que le Roi fasse une loi qui

Digitized by Google

faſſe un empêchement dirimant du défaut de ſon conſentement, & de tels mariages ſeront nuls.

Nous n'avons pas cru néceſſaire de rapporter ici les monuments de l'hiſtoire ſur cette matiere; la diſcuſſion en eſt trop longue. Ils ſont recueillis dans le Traité de M. Delaunoi, *Regia in matrimonia poteſtas*, où on peut les voir.

SECTION III.

De la Célébration du Mariage en face d'Egliſe; & de la Compétence du Prêtre qui le célebre.

ARTICLE PREMIER.

De la Célébration du Mariage en face d'Egliſe.

La célébration du mariage en face d'Egliſe, qui eſt aujourd'hui néceſſaire pour la validité du mariage, eſt une matiere qui a éprouvé pluſieurs changements.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de l'antiquité de la célébration du mariage en face d'Egliſe, & de la bénédiction nuptiale, & nous examinerons ſi elle étoit abſolument néceſſaire

Digitized by Google

dans les premiers siecles pour la validité du mariage. Nous rapporterons dans un second paragraphe, les loix qui dans la suite des temps ont requis la bénédiction nuptiale, ou l'intervention du Curé des parties dans les mariages pour leur validité. Nous verrons dans un troisieme paragraphe, quel étoit dans le 12.e siecle & les siecles suivants, jusqu'au temps du Concile de Trente, le droit qui s'observoit à l'égard des mariages qui n'avoient pas été célébrés en face d'Eglise. Un quatrieme contiendra ce qui s'est passé dans le Concile de Trente à l'égard des mariages clandestins, c'est-à-dire, qui n'étoient pas faits enface d'Eglise, & dans la forme prescrite par ce Concile. Enfin, un cinquieme paragraphe exposera ce qui a été ordonné sur cette matiere par les Ordonnances, Edits & Déclarations de nos Rois.

§. I.

De l'antiquité de la Bénédiction nuptiale; & de la Célébration du Mariage dans l'Eglise; & si elles étoient nécessaires dans les premiers siecles pour la validité des Mariages.

344. La célébration du mariage des Chrétiens en face d'Eglise, & la béné-

Digitized by Google

diction nuptiale que le Prêtre qui célebre le mariage donne aux personnes qui se marient, sont de la plus grande antiquité.

Cette bénédiction nuptiale, comme le remarque S. Isidore de Séville, *lib. 2, de off. Eccles. cap. 19*, se pratique dans l'Eglise, à l'imitation de celle que Dieu lui-même donna dans le Paradis Terrestre au mariage de nos premiers parents : *quod in ipsâ conjunctione connubii à Sacerdote benedicuntur, hoc est à Deo in ipsâ primâ conjunctione hominis factum, sic enim scriptum est, fecit Deus..... & benedixit eis, dicens : crescite, &c.... hâc ergo similitudine fit nunc in Ecclesiâ, quod tunc factum est in paradiso.*

Nous trouvons des témoignages de cet usage dans les Ouvrages de Tertullien, qui a vécu dans le second & dans le troisieme siecle : *unde sufficiemus*, dit-il, lib. 2, ad uxor. cap. 8, *ad enarrandam felicitatem ejus matrimonii quod Ecclesia conciliat, confirmat oblatio, obsignat* (*) *benedictio.* Ce mariage, *quod conciliat Ecclesia*, peut-il s'entendre autrement que d'un mariage fait en face d'Eglise dans l'assemblée des fidèles, & par le minis-

(*) Ces mots *obsignat benedictio* ne se trouvent pas dans l'Edition de *Beatus Rhenanus.*

Digitized by Google

tere de l'Eglise, c'est-à-dire, des ministres de l'Eglise ?

Ces termes, *confirmat oblatio*, nous font aussi entendre qu'on offroit le saint Sacrifice de la Messe pour les nouveaux mariés; ce qui fait présumer que les mariages se célébroient les jours de Dimanche, lorsque les fidèles étoient assemblés pour le sacrifice de la Messe.

Et ces termes, *obsignat benedictio*, ne signifient-ils pas bien clairement la bénédiction nuptiale que le Prêtre donnoit aux nouveaux mariés.

Le quatrieme siecle nous fournit aussi plusieurs monuments de l'usage de la bénédiction nuptiale. Nous en trouvons un dans la lettre de saint Ambroise à Vigile, *n.* 7, où ce Pere, pour détourner les fidèles de s'allier par mariage avec des infidèles, dit : *cùm ipsum conjugium* VELAMINE SACERDOTALI, ET BENEDICTIONE *sanctificari oporteat, quomodo potest conjugium dici, ubi non est fidei concordia.* Cette lettre est la dix-neuvieme dans l'édition des Bénédictins.

Nous en trouvons dans le même siecle un autre dans une lettre du Pape Syrice, qui monta sur le saint Siege en l'année 384 ou 385; c'est dans sa lettre à Himere, Evêque de Tarragone. Ce Pape, en faisant au chapitre 9 de cette

Digitized by Google

lettre, le détail des qualités qu'il faut avoir pour être promu aux ordres, rapporte celles-ci : *si probabiliter vixerit, unâ tantùm & eâ quam virginem communi per Sacerdotem benedictione perceperit, uxore contentus.*

Le quatrieme Concile de Carthage, qu'on prétend avoir été tenu l'an 398, fournit pour ce siecle un troisieme témoignage. Il est dit au canon 15^e^ : *sponsus & sponsa cùm benedicendi sunt à Sacerdote, à parentibus suis vel paranymphis offerantur, qui quùm benedictionem acceperint, eâdem nocte, pro reverentiâ ipsius benedictionis, in virginitate permaneant.*

Il est vrai que des critiques ont soupçonné de suppositon les canons de ce prétendu quatrieme Concile de Carthage; mais quand nous abandonnerions ce témoignage, les précédents que nous avons rapportés, contre lesquels on ne peut rien opposer, sont plus que suffisants pour certifier l'usage dans lequel on étoit dans l'Eglise au quatrieme siecle, de faire intervenir dans les mariages des fidèles, la bénédiction nuptiale.

Au commencement du cinquieme siecle, le Pape Innocent I, dans sa lettre à Victrice, Evêque de Rouen, *art.* 6, fait aussi mention de la bénédiction nuptiale: *benedictio quæ per Sacerdotem nubentibus imponitur.*

Digitized by Google

345. Cette bénédiction nuptiale n'étoit néanmoins qu'un pieux usage, & n'étoit pas nécessaire pour le mariage, qui pouvoit sans cela être valablement contracté.

La loi vingt-deuxieme, *cod. de nuptiis*, qui est de Théodose & Valentinien, ne nous laisse aucun doute à cet égard : *si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam, aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet ob id deesse rectè inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri ; inter pares honestate personas nullâ lege impediente consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.*

On ne peut pas dire plus formellement que le seul consentement des parties, justifié par le témoignage de leurs amis devant qui elles l'ont déclaré, suffit pour la validité de leurs mariages, *etsi pompa aliaque nuptiarum celebritas omittatur* : ces termes *aliaque nuptiarum solemnitas*, désignent manifestement la cérémonie de la célébration du mariage en face d'Eglise, & de la bénédiction nuptiale, dont les Empereurs décident que l'omission n'empêchoit pas alors la validité du mariage.

Observez que la loi dit : *inter pares honestate personas* ; car lorsqu'un homme

Digitized by Google

se marioit avec une femme de vile condition, il falloit alors qu'il fût établi par un acte de conventions matrimoniales, qu'il la prenoit pour légitime épouse, plutôt que pour une simple concubine; ce qui fut depuis abrogé par Justinien, *l.* 23, §. 7., *cod. de nupt.*

On peut encore tirer argument de la Novelle 74. Justinien au chap. 4 de cette Novelle, commence par dire : *antiquis promulgatum est legibus, & à nobis ipsis sunt hæc eadem constituta, ut etiam nuptiæ extra dotalia documenta,* ***EX SOLO AFFECTU*** *valeant & ratæ sint.*

Ces termes, ***EX SOLO AFFECTU***, disent clairement que pour la perfection & la validité du mariage, le seul consentement des parties suffit, & qu'il n'est pas besoin qu'il intervienne aucune autre chose, pas même la cérémonie de la bénédiction nuptiale.

Ensuite, Justinien rapporte l'abus des preuves trop légeres qu'on admettoit de ce consentement des parties, par des témoins qui disoient avoir entendu les parties s'appeller par des noms dont les personnes mariées ont coutume de s'appeller, *Introeuntes testes sine periculo mentientes, quia vir vocabat* ***DOMINAM*** (*) *cohæren-*

(*) *Hoc nomine uxores à maritis appellari solebant.* L. 19, §. 1, ff. *de Ann. leg.*

Digitized by Google

tem, & ista illum similiter nominabat, & sic eis finguntur matrimonia non pro veritate confecta.

Cela prouve que les mariages pouvoient se contracter sans les célébrer publiquement à l'Eglise; car si cette célébration eût été nécessaire, on n'auroit pas admis, avant la Novelle, pour preuve du mariage, le seul témoignage de témoins qui diroient avoir entendu les parties se traiter de mari & femme. Ce que Justinien, pour remédier à ces abus, prescrit pour la preuve des mariages, prouve pareillement qu'on pouvoit les contracter valablement sans aller à l'Eglise, & sans bénédiction nuptiale. Il ordonne que le mariage légitime des personnes d'un rang illustre, ne puisse se prouver que par un acte de conventions matrimoniales. A l'égard des personnes d'un rang inférieur, & néanmoins de condition honnête, il veut qu'à défaut d'acte de conventions matrimoniales, elles aillent dans quelque Eglise, *in aliqua orationis Domo*, y déclarer leur mariage au défenseur, qui en doit dresser un acte en présence de témoins. Il excepte de sa loi les personnes de basse condition.

Delà on peut tirer cette conséquence. Justinien n'a ordonné par cette Novelle, d'aller à l'Eglise qu'à défaut d'acte de conventions matrimoniales, & encore

Digitized by Google

ce n'étoit pas pour y recevoir la bénédiction nuptiale, dont il n'eſt pas dit un mot, mais pour y faire dreſſer un acte de leur mariage par le défenſeur, qui ſouvent étoit un laïque. Donc quand il y avoit un acte de conventions matrimoniales, il n'étoit pas même en tout néceſſaire d'aller à l'Egliſe. Juſtinien excepte de ſa loi les perſonnes de baſſe condition : donc ces perſonnes pouvoient valablement contracter mariage ſans aucune forme.

Non-ſeulement la bénédiction nuptiale, quoique pratiquée dans l'Egliſe, n'étoit pas néceſſaire pour que le contrat de mariage fût valable comme contrat civil : mais encore elle n'étoit pas plus néceſſaire pour qu'il fût Sacrement. C'eſt ce qui paroît par la réponſe du Pape Nicolas I, à la conſultation des Bulgares dans le neuvieme ſiecle. Ce Pape, en l'article 3, expoſe ainſi les uſages de l'Egliſe Romaine pour la célébration des mariages : *primum quidem in Eccleſiâ Domini, cum oblationibus quas offerre debent Deo, per Sacerdotis manum ſtatuuntur, ſicque demum benedictionem & velamen celeſte ſuſcipiunt... poſt hæc de Eccleſiâ egreſſi, coronas in capitibus geſtant, quæ ſemper in Eccleſiâ ipſâ ſunt ſolitæ reſervari.... hæc ſunt jura nuptiarum....* Enſuite le Pape ajoute : *pecca-*

Digitized by Google

tum autem esse si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non dicimus, quemadmodum græcos vos adstruere dicitis, præsertim cum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia ut adhæc præparanda nullum his suffragetur auxilium; ac per hoc sufficiat, secundùm leges, SOLUS EORUM CONSENSUS de quorum conjunctionibus agitur.

Ce Pape dit bien clairement que le seul consentement des parties donné selon les loix, c'est-à-dire, pourvu que les loix permettent le mariage entre ces personnes, quoiqu'elles ne soient pas allées à l'Eglise recevoir la bénédiction nuptiale, suffit pour la validité du Sacrement de mariage. Il ne peut pas être douteux que c'est du mariage considéré comme Sacrement, que le Pape entend parler; c'étoit sur ce qui étoit nécessaire pour le mariage comme Sacrement, que les Bulgares l'avoient consulté.

§. II.

Des Loix qui ont requis pour la validité des Mariages, qu'ils fussent célébrés en face d'Eglise.

346. La bénédiction nuptiale, & la célébration du mariage en face d'Eglise, qui n'étoient d'abord que de pieux usa-

Digitized by Google

ges, furent dans la suite requis pour la validité des mariages.

Pour remédier aux abus qu'occasionnoit la clandestinité des mariages que plusieurs personnes contractoient sans aller à l'Eglise recevoir la bénédiction nuptiale, dans la vue de les tenir secrets, nos Rois jugerent à propos d'ordonner que leurs sujets, lorsqu'ils contracteroient mariage, le contracteroient en face d'Eglise, où ils recevroient la bénédiction nuptiale, à peine de nullité des mariages qui se contracteroient sans y observer cette formalité. C'est ce que nous trouvons établi dans le Recueil des Capitulaires de Charlemagne & de ses successeurs, fait par Benedictus Levita. Il est dit au livre sixieme, art. 130 : *nec sine benedictione Sacerdotis qui ante innupti erant, nubere audeant.*

La bénédiction nuptiale ne se donnoit qu'aux premiers mariages. C'est pour cela que le Capitulaire dit : *qui ante innupti erant*; mais quoiqu'il n'intervînt pas de bénédiction nuptiale dans les seconds & ultérieurs mariages, les parties n'étoient pas moins obligées d'y faire intervenir le Curé pour donner au nom de l'Eglise publiquement & en présence du peuple, son approbation à leur mariage. C'est ce que nous apprend le Capitu-

Digitized by Google

laire 408, où il eſt dit : *ne chriſtiani ex propinquitate ſui ſanguinis connubia ducant, nec ſine benedictione Sacerdotis cum virginibus nubere audeant, neque viduas abſque ſuorum ſacerdotum conſenſu & conniventiâ plebis ducere præſumant.*

Ces Capitulaires comprenant dans une même défenſe les mariages entre parents, & ceux qui ſe contractent ſans bénédiction nuptiale, ou au moins ſans l'intervention du Curé; il s'enſuit que cette défenſe étoit faite à peine de nullité.

Le Capitulaire du livre ſeptieme s'en exprime formellement, en rapportant expreſſément la bénédiction nuptiale, parmi les choſes néceſſaires pour la légitimité du mariage d'une fille : *aliter legitimum, ùt à patribus accepimus,... non fit conjugium, niſi.... (uxor) ſuo tempore ſacerdotaliter, ut mos eſt, cum precibus & oblationibus à Sacerdote benedicatur*, &c.

Tout ceci avoit été ainſi ordonné, comme nous l'avons déja dit, pour empêcher la clandeſtinité des mariages; c'eſt ce que nous apprend le Capitulaire 179 du livre ſeptieme, où il eſt dit : *ſancitum eſt ut publicè nuptiæ ab his quì nubere cupiunt, fiant, quia ſæpe in nuptiis clàm factis gravia peccata.... & hoc ne deinceps fiat, omnibus cavendum eſt; ſed prius conveniendus eſt Sacerdos in cujus paro-*

Digitized by Google

chiâ nuptiæ fieri debent, in Eccleſiâ coràm populo, & ibi inquirere unà cum populo ipſe Sacerdos debet, ſi ejus propinqua ſit, an non.... poſtquam iſta omnia probata fuerint, & nihil impedierit, tunc, ſi virgo fuerit cum benedictione Sacerdotis, ſicut in Sacramentario continetur, & cum conſilio multorum bonorum hominum publicè & non occultè ducenda eſt uxor.

Ce Capitulaire ſe trouve auſſi dans le Recueil d'Iſaac, Evêque de Langres, *tit.* 5, *art.* 6.

Dans le quatrieme ſupplément des Capitulaires de Charlemagne, qui eſt un Recueil de quelques canons & de quelques loix de Princes ſéculiers, que Charlemagne déclare vouloir être inſérés dans ſes Capitulaires & avoir force de loi, le ſecond article, tiré des loix des Viſigots, prononce une amende de cent ſols, ou à défaut d'argent, une peine de cent coups de fouet, contre les Chrétiens qui contracteront mariage ſans bénédiction nuptiale.

Le Concile de Troſli, tenu l'an 909, ſous Charles le Simple, can. 7, dit: *decernimus & nos ſecundùm conſtitutionem antiquam ut nullus occultas nuptias, &c..., ſed dotatam & à parentibus traditam, per benedictionem Sacerdotum accipiat, qui vult*

Digitized by Google

uxorem, ſicut in libro ſupradicto, capite 179, monetur his verbis: ſancitum, &c.

Le Concile rapporte tout de ſuite les propres termes de ce Capitulaire que nous avons ci-deſſus rapporté.

§. III.

Du Droit qui s'obſervoit dans le douzieme ſiecle & les ſuivants juſqu'au temps du Concile de Trente, à l'égard des Mariages clandeſtins, c'eſt-à-dire, qui n'étoient pas célébrés en face d'Egliſe.

347. Les loix que nous avons rapportées au paragraphe précédent, tomberent par la ſuite en déſuétude: on ne regarda plus la bénédiction nuptiale & la célébration du mariage en face d'Egliſe, comme néceſſaires abſolument pour la validité du mariage: il étoit cenſé valablement contracté par cela ſeul que les parties s'étoient réciproquement promiſes de ſe prendre pour mari & femme; c'eſt ce qu'on appelloit *ſponſalia de præſenti.*

Alexandre III, dans le douzieme ſiecle, n'exigeoit pas autre choſe pour la validité d'un mariage, dans ſa Décrétale qui eſt au chap. 9, ext. de Sponſal. & matrim.

Digitized by Google

ex parte C. mulieris, dit ce Pape, *nobis intimatum est quod Andreas juramentum præstitit quod eam ab eo tempore pro conjuge teneret, & ei sicut uxori suæ fidem servaret, ipsa quoque eidem Andreæ juravit se illum pro marito habiturum..... quo facto* (il n'est fait mention d'aucune célébration de mariage en face d'Eglise,) *prænominatus Andreas reliquit eamdem.... mandamus quatenus eumdem ut super-inductâ dimissâ, ad uxorem suam redeat.... cogatis.*

Il y a dans l'ancienne collection au titre *de sponsâ duor. cap.* 8, une Décrétale du même Pape, adressée à l'Evêque de Norwick, qui est encore plus formelle. Il y est dit : *ex tuis litteris intellexi-mus virum quemdam & mulierem sese invicem recepisse nullo Sacerdote præsente, nec adhibitâ solemnitate quam solet Anglicana Ecclesia exhibere, & aliam prædictam mulierem ante carnalem commixtionem solemniter duxisse & cognovisse; tuæ prudentiæ duximus respondendum quod, si prius vir & mulier ipsa, de præsenti sese receperint, dicendo unus alteri, ego te recipio in meam & ego te recipio in meum; etiam si non intervenerit illa solemnitas, nec vir mulierem carnaliter cognoverit, mulier ipsa primo debet restitui, cùm nec potuerit nec debuerit post talem consensum alii nubere.*

Le même Pape, au chapitre 2 *ext. de*

Digitized by Google

clandeſt. deſponſ. dit que lorſque des mariages ont été contractés avec tant de clandeſtinité, qu'il n'y en ait aucune preuve, l'Egliſe n'a pas de moyens pour contraindre les parties qui en diſconviennent, à tenir leur foi; mais lorſque les parties déclarent ces mariages, l'Egliſe, à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelqu'empêchement, doit les reconnoître comme auſſi valables que s'ils avoient été d'abord contractés en face d'Egliſe: *verum ſi perſonæ contrahentium hæc voluerint publicare, niſi rationabilis cauſa præpediat, ab Eccleſiâ recipienda, & comprobanda tanquam ſi ab initio in Eccleſiæ conſpectu celebrata.*

Il réſulte pareillement de la Décrétale du même Pape Alexandre III, qui eſt au chap. *illud* 11, *ext. de præſumpt.* & de celle d'Innocent III, qui eſt au chap. 6, *ext. de eo qui cogn. conſang., &c.* que ces Papes regardoient les mariages contractés ſeulement *per verba de præſenti*, comme de vrais mariages.

Le même Pape Innocent III, dans le Concile de Latran, ayant défendu les mariages clandeſtins, c'eſt-à-dire, ceux qui ne ſont pas contractés en face d'Egliſe; & ayant ordonné que même ceux qui ſe célébreroient en face d'Egliſe, ſeroient précédés de trois bans de mariage,

Digitized by Google

ne déclare pas néanmoins nuls les mariages clandestins, lorsque les parties sont d'ailleurs capables de contracter mariage ensemble, & il se contente d'ordonner qu'on imposera en ce cas une pénitence à ceux qui les contracteront : *his qui taliter præsumpserint etiam in gradu concessa copulari, condigna pœnitentia injungatur*, cap. fin. *ext. de clandest. desponsat.*

Les mariages clandestins, c'est-à-dire, ceux qui ne sont pas contractés en face d'Eglise, mais secrétement *per sponsalia de præsenti*, continuerent toujours depuis à être regardés comme valables. Ils étoient encore regardés comme tels au temps du Concile de Trente ; & ce Concile va même jusqu'à frapper d'anathême ceux qui nieroient que ces mariages fussent de vrais mariages, tant que l'Eglise n'a pas encore jugé à propos de les déclarer nuls, quoiqu'elle les ait toujours détestés : *tametsi dubitandum non est*, dit le Concile, *clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata esse & vera matrimonia, quamdiù Ecclesia ea irrita non fecit, & proinde jure damnandi sunt illi, ut eos S. Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant.*

Par ces termes, *rata esse & vera*, le Concile déclare que ces mariages étoient non-seulement de vrais mariages en tant

Digitized by Google

que contrats civils, mais même qu'ils étoient Sacrements ; c'est ce que signifie ce terme *RATA* dans le langage des Canonistes, comme on peut le voir au chapitre 7. *ext. de divort.* où Innocent III dit : que quoique le mariage des infidèles *soit* un vrai mariage, il n'est pas *RATUM*, pour dire qu'il n'est pas Sacrement : *etsi matrimonium verum inter infideles existat, non tamen est RATUM ; inter fideles autem verum & ratum existit, &c.* C'est une fort mauvaise objection que de dire que si ces mariages sont Sacrements, l'Église ne doit pas les détester. Je réponds qu'elle les déteste, comme elle déteste les mauvaises dispositions dans lesquelles on confere & on reçoit les autres Sacrements, qui ne laissent pas d'être Sacrements, nonobstant ces mauvaises dispositions.

§. IV.

De ce qui se passa au Concile de Trente à l'égard des Mariages clandestins.

348. Il fut beaucoup question au Concile de Trente des mariages clandestins, c'est-à-dire, de ceux qui ne sont pas contractés en face d'Eglise. Tous en reconnoissoient les abus. Le meilleur moyen d'y remédier étoit de les déclarer nuls ;

Digitized by Google

mais il y en avoit qui doutoient si le Concile en avoit le droit.

Fra-Paolo, dans son Histoire de ce Concile, *liv.* 7, rapporte que dans la Congrégation de Théologiens qui fut tenue sur ce sujet le 9 Février 1563, & jours suivants, Maillard, Doyen de Sorbonne, dit que l'Eglise n'avoit pas ce pouvoir : qu'elle ne sçauroit faire qu'un Sacrement légitime dans le temps présent, fût invalide à l'avenir : qu'elle ne pouvoit pas exiger pour la validité du mariage qu'il se contractât publiquement, le premier mariage entre Adam & Eve, qui est le modele des autres, s'étant fait sans témoins. Le Jésuite Salmeron disoit au contraire, que l'Eglise a tant de pouvoir sur la matiere des Sacrements, qu'elle peut y altérer tout ce qui n'est pas de leur essence ; que les qualités de *public* ou de *secret* étant accidentelles au mariage, l'Eglise peut ordonner sur ces qualités ce que bon lui semble, & par conséquent exiger pour sa validité qu'il fût public.

Palavicin, dans son Histoire, donne un démenti à Fra-Paolo, sur ce qu'il rapporte de l'avis du Doyen Maillard, & dit que c'est un fait controuvé.

Dans la vingt-quatrieme session du Concile, qui fut tenue le 11 Novembre

Digitized by Google

de la même année, on lut le projet de décret qui avoit été fait pour déclarer nuls les mariages clandestins, & le décret passa contre l'avis de cinquante-six Prélats qui répondirent par *non placet.* L'Evêque de Warmie, qui regardoit la validité de ces mariages comme un dogme de foi, ne voulut pas y assister. *Fra-Paolo, liv. 28.*

Le décret sur ce point qui fut arrêté en cette session, est conçu en ces termes: *qui aliter quàm præsente parocho vel alio Sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentiâ & duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum matrimonium omnino inhabiles reddit, & hujusmodi contractos irritos & nullos esse decernit.*

Observez que quoique la forme prescrite par le Concile pour les mariages soit très-sage, & qu'elle ait été en conséquence adoptée & confirmée par les Ordonnances de nos Rois, comme nous le verrons au paragraphe suivant; néanmoins le Concile excédoit son pouvoir en déclarant nuls de sa seule autorité les contrats de mariages où elle n'auroit pas été observée; car les mariages en tant que contrats, appartiennent, comme tous les autres contrats, à l'ordre politique, & ils sont par conséquent de la compétence

de

Digitized by Google

de la puiſſance ſéculiere, & non de celle du Concile à qui il n'appartenoit pas de ſtatuer ſur leur validité ou invalidité.

§. V.

De ce que les Ordonnances de nos Rois ont ordonné contre les Mariages clandeſtins ; & de la forme qu'elles ont preſcrite pour que les Mariages fuſſent valablement contractés.

349. Le Concile de Trente ne put être reçu en France malgré les efforts que firent la Cour de Rome & le Clergé pour l'y faire recevoir. Tous les Catholiques reconnoiſſoient & ont toujours depuis reconnu, que les déciſions de ce Concile ſur le dogme, ſont la foi de l'Egliſe ; mais l'atteinte qu'il donne dans ſes décrets de diſcipline aux droits de la puiſſance ſéculiere & à nos maximes ſur un très-grand nombre de points, fut & ſera toujours un obſtacle inſurmontable à ſa réception dans ce Royaume. On peut en voir la liſte dans une diſſertation ſur la reception & l'autorité du Concile de Trente en France, qui eſt à la fin de l'excellent Ouvrage de M. Raſſicod, qui a pour titre *Notes ſur le Concile de Trente*, & a été imprimé à Cologne en 1706.

Digitized by Google

Le décret du Concile ne pouvant pas remédier aux abus des mariages clandestins en France, où ce Concile n'étoit pas reçu, & où ses décrets ne pouvoient par conséquent avoir aucune autorité, le Roi Henri III jugea à propos d'y remédier lui-même, ayant dans lui-même autant de pouvoir pour cet effet qu'en avoit le Concile, comme nous l'avons établi dans la premiere Partie de ce Traité. C'est ce qu'il fit par son Ordonnance, rendue aux États de Blois, *art.* 40, où il est *dit :*

» Avons ordonné que nos sujets ne pourront *valablement* contracter mariages » sans proclamations précédentes..... » après lesquels bans, seront épousés publiquement; & pour témoigner de la » forme, y assisteront quatre témoins » dignes de foi, dont sera fait registre, *&c.*

Et par l'article 44, il est défendu à tous Notaires, sous peine de punition corporelle, de recevoir aucunes promesses de mariage par paroles de présent.

Par l'Édit d'Henri IV du mois de Décembre 1606, le Roi veut que les causes concernant les mariages, appartiennent à la connoissance des Juges d'Eglise, *à la charge* qu'ils seront tenus de garder les Ordonnances, même celle de Blois en l'article 40; & suivant icelles, déclarer les mariages qui n'auront été

Digitized by Google

faits & célébrés en l'Egliſe, & avec la forme & ſolemnité requiſes par ledit article, nuls & non valablement contractés, comme peine indicte par les Conciles. (*)

La Déclaration du Roi Louis XIII de 1639, article premier, ordonne que l'article 40 de l'Ordonnance de Blois ſoit exactement gardé ; & en l'interprétant..... qu'à la célébration d'icelui aſſiſteront quatre témoins avec le Curé, qui recevra le conſentement des parties, & les conjoindra en mariage, ſuivant la forme pratiquée en l'Egliſe. Fait défenſes à tous Prêtres de célébrer aucuns mariages qu'entre leurs paroiſſiens, ſans la permiſſion par écrit du Curé ou de l'Evêque.

L'Edit de 1697 confirme les Ordonnances concernant la célébration des mariages, & notamment celles qui regardent la néceſſité de la préſence du propre Curé. » Voulons (y eſt-il dit) que » les Ordonnances des Rois nos prédéceſſeurs, concernant la célébration des » mariages, & notamment celles qui re» gardent LA NÉCESSITÉ de la préſence

(*) Voyez les Conciles de Tours, *tit.* 9 *de matrimonio* ; de Rheims, *d. tit. art.* 2 ; de Bordeaux, *d. tit.* Ces trois Conciles ont été tenus en 1583.

Digitized by Google

» du propre Curé de ceux qui contrac-
» tent, soient exactement observées.

350. Cette présence du Curé requise par nos loix pour la validité des mariages, n'est pas une présence purement passive. C'est un fait & un ministere du Curé qui doit recevoir le consentement des parties, & leur donner la bénédiction nuptiale.

Cela résulte des termes de la Déclaration de 1639 ci-dessus rapportée, où il est dit que *le Curé recevra le consentement des parties, & les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Eglise.*

Il ne suffiroit donc pas pour la validité du mariage, que les parties allassent trouver à l'Eglise leur Curé, & qu'ils lui déclarassent qu'ils se prennent pour mari & femme. Il faut que le Curé célébre le mariage. C'est pourquoi par Arrêt de 1676, rapporté par d'Hericourt, *p.* 3, *ch.* 5, *art.* 1, *n.* 27, un mariage dont les parties s'étoient fait dans l'Eglise donner acte par un Notaire, sur le refus fait par un Curé de le célébrer, fut déclaré nul; & en conséquence par Arrêt du 10 Mai 1713, un enfant né de ce mariage fut déclaré bâtard.

351. Depuis, il y a eu un Arrêt de réglement du 5 Septembre 1650, qui fait défenses à tous Notaires, à peine d'in-

Digitized by Google

terdiction, de passer aucuns actes par lesquels les hommes & femmes déclarent qu'ils se prennent pour mari & femme, sur le refus qui leur seroit fait par les Evêques, Grands-Vicaires & Curés, de leur conférer le Sacrement de mariage, & ordonne que lesdits Evêques, Grands-Vicaires & Curés seront tenus de donner des actes par écrit contenants les causes de leur refus, lorsqu'ils en seront requis. Pareilles défenses aux Notaires, par un Arrêt du 20 Décembre 1688, rapporté au cinquieme tome du Journal.

352. Lorsque le refus du Curé est mal fondé, les parties ont deux voies pour se pourvoir : la premiere, qui est la voie ordinaire, est la demande qu'ils peuvent donner contre le Curé, pour qu'il lui soit enjoint de célébrer le mariage. Cette demande ayant pour objet le Sacrement de mariage, est une cause spirituelle qui doit être portée devant le Juge ecclésiastique, c'est-à-dire, devant l'Official. Le Juge Royal est incompétent pour en connoître, suivant qu'il a été jugé par Arrêt du 10 Juin 1692, rapporté au cinquieme tome du Journal des Audiences. La seconde voie, est celle de l'appel comme d'abus au Parlement, du refus du Curé. Les parties peuvent aussi appeller comme

Digitized by Google

d'abus de la Sentence de l'Official, qui auroit autorisé le refus du Curé.

353. Ce que nous avons dit, que le Prêtre qui célébre le mariage, n'est pas un simple témoin, & qu'il y exerce un ministere, n'est pas contraire à ce qu'enseignent les Théologiens, que les parties qui contractent mariage sont elles-mêmes les ministres du Sacrement de mariage. Il est vrai qu'elles en sont les ministres quant à ce qui est de sa substance, & qu'elles se l'administrent réciproquement par leur consentement & la déclaration extérieure qu'elles se font de ce consentement; mais le Prêtre est, de son côté, le ministre des solemnités que l'Eglise & le Prince ont jugé à propos d'ajouter au mariage pour sa validité, & il est préposé par l'Eglise & par le Prince, pour exercer ce ministere.

ARTICLE II.

De la Compétence du Prêtre qui célebre le Mariage.

354. Il faut pour la validité du mariage, non-seulement qu'il ait été célébré en face d'Eglise, mais encore que le Prêtre qui l'a célébré, ait été compétent.

Nous verrons, 1°. quel Prêtre est com-

Digitized by Google

pétent pour la célébration des mariages: 2°. Quelle eſt la peine des parties qui ont célébré leur mariage devant un Prêtre incompétent : 3°. Quelle eſt la peine du Prêtre qui l'a célébré : 4°. Si, lorſque les parties ſont de différentes Paroiſſes, le Curé de l'une des parties, peut valablement célébrer le mariage ſans le conſentement du Curé de l'autre partie.

§. I.

Quel eſt le Prêtre compétent pour la célébration du Mariage.

355. Le Prêtre compétent pour la célébration des mariages, eſt le Curé des parties.

Le Curé des parties, eſt celui du lieu où elles font leur réſidence ordinaire.

Lorſqu'une perſonne demeure une partie de l'année dans un lieu, & une autre partie dans un autre, ſon Curé eſt celui du lieu où eſt ſa principale demeure ; où il fait ſes Paques ; où il a coutume de ſe dire *demeurant*, dans les actes qu'il paſſe ; où il eſt impoſé aux charges publiques.

356. Lorſqu'une perſonne a transféré ſa demeure d'un lieu dans un autre, pour que le Curé du lieu de ſa demeure ac-

Digitized by Google

tuelle ſoit compétent pour la marier ; il faut qu'il y ait au moins ſix mois qu'elle y ſoit demeurante, lorſqu'elle ſort d'une paroiſſe du même Diocèſe ; ou un an entier, lorſqu'elle ſort d'une autre Diocèſe ; ſans cela, ſon Curé actuel ne peut la marier ſans un certificat de publication de bans du Curé de la paroiſſe d'où elle eſt ſortie. C'eſt ce qui eſt porté par l'Edit du mois de Mars 1697, où il eſt dit : » Défendons à tous » Curés de conjoindre en mariage autres » perſonnes que ceux qui ſont leurs » vrais paroiſſiens demeurants actuelle- » ment & publiquement dans leurs pa- » roiſſes, au moins depuis ſix mois, à » l'égard de ceux qui demeuroient au- » paravant dans une autre paroiſſe de » la même ville ou du même Diocèſe, » ou depuis un an, pour ceux qui de- » meuroient dans un autre Diocèſe. »

357. Lorſque les parties contractantes ſont mineures, leur Curé, qui doit célébrer leur mariage, eſt celui du lieu de la demeure de leurs pere & mere, tuteur ou curateur, quand même elles auroient ailleurs un domicile de fait, ſauf qu'en ce cas leurs bans doivent auſſi être publiés en la paroiſſe du lieu de ce domicile de fait. C'eſt la diſpoſition de l'Edit du mois de Mars 1697, où il eſt dit :

Digitized by Google

« Déclarons que le domicile des fils & » filles de famille mineurs de 25 ans, » pour la célébration de leur mariage, » eſt celui de leurs pere, mere, ou de » leur tuteur ou curateur, après la » mort de leursdits pere & mere; & » en cas qu'ils aient un autre domicile » de fait, ordonnons que les bans ſe- » ront publiés dans les paroiſſes où ils » demeurent, & dans celles de leurs » peres, meres, tuteurs & curateurs. »

358. L'Evêque des parties n'eſt pas moins compétent que leur Curé pour la célébration de leur mariage, puiſqu'il eſt leur premier paſteur.

359. Enfin, un Prêtre qui a permiſſion de l'Evêque ou du Curé des parties pour célébrer leur mariage, eſt très-compétent pour le célébrer; le mariage étant célébré par la permiſſion du Curé ou de l'Evêque, c'eſt comme ſi l'Evêque ou le Curé l'euſſent eux-mêmes célébré.

Le Vicaire d'une Paroiſſe, eſt cenſé par ſa qualité de Vicaire avoir la permiſſion du Curé pour célébrer les mariages de la paroiſſe; le Curé eſt cenſé la lui avoir donnée, en le recevant pour ſon Vicaire; & il n'eſt pas néceſſaire qu'il la renouvelle pour chaque mariage.

Il en eſt de même d'un Prêtre habitué, qu'un Curé a prépoſé pour la cé-

Digitized by Google

lébration des mariages dans la paroisse ; il est évident qu'en lui donnant cette commission, il lui a donné la permission de les célébrer, tant que sa commission n'est pas révoquée.

360. Tout autre Prêtre qui n'a pas la permission, ni de l'Evêque, ni du Curé des parties, est incompétent pour le célébrer.

C'est ce qui résulte de la Déclaration de 1639, qui, après avoir ordonné que ce sera le Curé qui recevra le consentement des parties, ajoute : « *Défenses* » à tous Prêtres de marier autres per- » sonnes que leurs vrais paroissiens, sans » la permission par écrit des Curés des parties, ou de l'Evêque.

Cette permission par écrit n'est pas néanmoins nécessaire, lorsque c'est le Vicaire, ou le Prêtre prépose à la célébration des mariages, qui l'ont célébré : pareillement, quoique le mariage ait été célébré par un Prêtre étranger, s'il l'a été en présence du Curé, cette présence dont il est fait mention dans l'acte de célébration sur le registre du Curé, équipolle à une permission par écrit du Curé.

Digitized by Google

§. II.

De la Peine des Parties qui ont fait célébrer leur Mariage par un Prêtre incompétent.

361. La peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un Prêtre incompétent, est la nullité de leur mariage.

Quoique le Concile de Trente, qui a prononcé cette peine (*), comme nous l'avons vu *suprà n.* 348, n'ait pas été reçu en France, nos Rois ont adopté & confirmé sa disposition à cet égard.

La Déclaration de 1639, en prescrivant la forme de la célébration des mariages, exige que ce soit le Curé qui le célebre (ou quelqu'un par lui commis) « *à la célébration, assisteront quatre témoins* » *avec* LE CURÉ, *qui recevra le consente-* » *ment des parties*, &c.

L'Edit du mois de Mars 1697 ne laisse aucun doute sur la nullité des mariages célébrés devant un Prêtre incompétent; après avoir dit dans le préambule : « Les saints Conciles ayant prescrit com-

(*) *Qui aliter quàm præsente Parocho, vel alio Sacerdote de ipsius Parochi, seu ordinarii licentiâ matrimonium contrahere attentabunt..... S. Synodus..... hujusmodi contractus irritos & nullos esse decernit.*

Digitized by Google

» me une des solemnités ESSENTIELLES
» au Sacrement de mariage, la présence
» du propre Curé de ceux qui contrac-
» tent, les Rois nos prédécesseurs ont
» autorisé par plusieurs Ordonnances
» l'exécution d'un réglemenr si sage, *&c.*»
Il est dit ensuite dans le dispositif :
« Voulons que les dispositions des saints
» Canons, & les Ordonnances des Rois
» nos prédécesseurs, concernant la cé-
» lébration des mariages, & notamment
» celles qui regardent la NÉCESSITÉ de
» la présence du propre Curé de ceux
» qui contractent, soient exactement ob-
» servées ; défendons, *&c.* »

Dire qu'une chose est une *solemnité essentielle au mariage*, c'est dire qu'elle est de l'essence du mariage, & qu'en conséquence, il ne peut y avoir de vrai mariage lorsqu'elle n'a pas été observée. Les saints Conciles, en déclarant que la présence du propre Curé étoit une *solemnité essentielle au Sacrement de Mariage*, ont donc suffisamment déclaré que les mariages où elle n'avoit pas été observée, n'étoient pas de vrais mariages, & devoient être regardés comme nuls ; & l'Edit, en ordonnant l'observation des canons à cet égard, prononce évidemment la nullité de ces mariages.

Cela résulte encore de ces autres ter-

Digitized by Google

mes de l'Edit : Voulons que les Ordonnances ..... & notamment celles qui regardent *LA NÉCESSITÉ de la préſence du propre Curé*, ſoient exactement *obſervées*. Il paroît par ces termes que la préſence du propre Curé, eſt regardée comme étant de *néceſſité* pour la célébration des mariages : donc ceux où elle n'eſt pas intervenue ne ſont pas valablement célébrés.

Enfin, nos loix regardent tellement comme nuls les mariages célébrés par un Prêtre incompétent, que la Déclaration du 15 Juin 1697 ordonne que les parties qui auront contracté de tels mariages, ſoient pourſuivis par les Procureurs du Roi pour les réhabiliter, comme nous le verrons *infrà*, *P. 6, c. 1, Art 1, §. 7.* ils ſont donc nuls ; car s'ils étoient valables, il ne faudroit pas les réhabiliter.

362. Cette nullité des mariages célébrés par un Prêtre incompétent, n'eſt pas de la claſſe de celles qu'on appelle relatives, qui n'ont lieu que lorſque la partie s'en plaint, telles que ſont celles qui réſultent du défaut de liberté dans le conſentement de l'une des parties contractantes, de l'impuiſſance, du défaut de conſentement des pere & mere, ou tuteurs, *&c.* elle eſt de la claſſe de celles qu'on appelle nullités abſolues,

Digitized by Google

& elle ne peut se purger, ni se couvrir, que par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire, une nouvelle célébration faite par leur Curé, ou avec sa permission ou celle de l'Evêque.

Il n'importe que les personnes qui se sont mariées hors la présence & sans le consentement de leur propre Curé, soient majeures ou mineures, enfants de famille, ou usantes de leurs droits; nos loix ci-dessus rapportées, qui déclarent nuls ces mariages, n'ayant fait à cet égard aucune distinction.

On trouve, néanmoins, dans les Recueils d'Arrêts, quelques Arrêts qui ont déclaré des parties non recevables dans l'appel comme d'abus par elles interjetté, de la célébration de leur mariage, sur le prétexte qu'il avoit été célébré par un Prêtre incompétent, hors la présence & sans le consentement du Curé, lorsque l'appel n'avoit été interjetté qu'après un long temps de cohabitation publique, & sans que personne se fût jamais plaint de ce mariage.

La réponse est, que ces Arrêts n'ont pas jugé qu'un mariage, qu'on supposeroit célébré par un Prêtre incompétent, puisse jamais être valable, & que ce vice puisse être purgé par quelque laps de temps que ce fût; mais qu'ils ont seu-

Digitized by Google

lement jugé, qu'eu égard aux circonſtances de la cauſe, l'appellant étoit indigne d'être écouté & reçu à entrer dans la diſcuſſion qu'il alléguoit, & qu'on devoit préſumer que les choſes s'étoient paſſées dans les regles, & que le Prêtre qui avoit célébré le mariage, avoit eu la permiſſion du Curé. Ce que nous diſons eſt conforme à ce qui a été obſervé par M. d'Agueſſeau dans un Mémoire, qui ſe trouve dans le cinquieme volume de ſes Œuvres après le cinquante-ſeptieme Plaidoyer; il eſt dit à la fin de ce Mémoire : « S'il y a quelquefois » des circonſtances aſſez fortes, ſuivant » les regles de la police extérieure, » pour fermer la bouche à la mauvaiſe » foi, & à l'inconſtance de ceux qui » réclament ſur ce fondement (de dé» faut de préſence & de conſentement » du propre Curé) contre un conſen» tement libre & une longue poſſeſſion; » il faut, au moins en ce cas, qu'il » paroiſſe que la Juſtice ne ſe détermine » que par les fins de non-recevoir, & » qu'en déclarant les parties non-rece» vables, elle ajoute toujours que c'eſt, » ſans préjudice, à elles de ſe retirer » pardevers l'Evêque pour réhabiliter » leur mariage, ſi faire ſe doit ».

363. Tout ce que nous avons dit juſqu'à

Digitized by Google

préſent ſur la nullité du mariage célébré hors la préſence & ſans le conſentement du Curé des parties, a lieu, quand même le mariage auroit été célébré en pays étranger par des François, lorſqu'il paroît que c'eſt en fraude de la loi qu'ils y ſont allés. En vain, diroient-ils que la forme des contrats ſe regle par les loix du lieu où ils ſe paſſent; que leur mariage ne s'étant pas fait en France, mais en pays étranger, ils n'ont pas été obligés d'obſerver les loix de France, pour la forme de leur mariage. La réponſe eſt, que la célébration du mariage en face d'Egliſe par le propre Curé, n'eſt pas une pure forme d'acte; c'eſt une obligation que nos loix impoſent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties, qui y ſont ſujettes, ne peuvent ſe ſouſtraire, en allant en fraude ſe marier dans un pays étranger.

Il en ſeroit autrement d'un mariage qu'un François, qui ſe trouveroit avoir, ſans fraude, ſa réſidence dans un pays étranger, où il n'y a pas d'exercice de la Religion Catholique, auroit contracté avec une femme Catholique, & qui auroit été célébré dans la chapelle d'un Ambaſſadeur Catholique par l'Aumônier; ce mariage ſeroit valable, n'y ayant pas

Digitized by Google

en ce cas de fraude, & le mariage n'ayant pu être célébré autrement.

§. III.

Des Peines des Prêtres qui célebrent des Mariages sans le consentement par écrit du Curé des parties, ou de l'Evêque.

364. Ces peines sont prescrites par l'Edit du mois de Mars 1697. Il y est dit: « Voulons, que si aucuns desdits Curés ou » Prêtres, tant séculiers que réguliers, » célebrent ci-après sciemment, & avec » connoissance de cause, des mariages » entre des personnes qui ne sont pas » effectivement de leurs paroisses, sans » en avoir la permission par écrit des » Curés de ceux qui les contractent, ou » de l'Archevêque ou Evêque diocésain, » il soit procédé contr'eux extraordinai- » rement; & qu'outre les peines cano- » niques que les Juges d'Eglise pourront » prononcer contr'eux, lesdits Curés » & autres Prêtres, tant séculiers que » réguliers, qui auront des Bénéfices, » soient (par nos Juges) privés, pour la » premiere fois, de la jouissance de tous » les revenus de leurs Cures & Béné- » fices pendant trois ans, à la réserve » de ce qui est absolument nécessaire

Digitized by Google

» pour leur subsistance ; ce qui ne pourra excéder la somme de six cents liv. » dans les plus grandes villes, & celle » de trois cents liv. par-tout ailleurs ; » & que le surplus soit saisi à la diligence de nos Procureurs, & distribué » en œuvres pies, par ordre de l'Evêque diocésain.

» Qu'en cas d'une seconde contravention, ils soient bannis pendant le » temps de neuf ans, des lieux que nos » Juges estimeront à propos.

» Que les Prêtres séculiers, qui n'auront pas de Bénéfices, soient condamnés au banniſſement pendant trois ans, » & en cas de recidive, pendant neuf » ans ; & qu'à l'égard des Prêtres réguliers (*), ils soient envoyés dans un » couvent de leur Ordre, que leur Supérieur leur assignera hors des provinces marquées par les Arrêts de nos » Cours, ou les Sentences de nos Juges, » pour y demeurer renfermés pendant » le temps qui sera marqué par lesdits » Jugements, sans y avoir aucune charge, fonction, ni voix active & passive. »

(*) Qui n'ont pas de bénéfices : ceux qui en ont, sont compris dans la précédente disposition, qui prononce la peine de la privation des fruits.

Digitized by Google

365. L'Edit ne ſoumet les Curés à ces peines, que lorſqu'ils ont célébré *ſciemment & avec connoiſſance de cauſe* le mariage de gens qu'ils ſçavoient n'être pas leurs paroiſſiens ; ils n'y ſont pas ſujets lorſqu'ils ont été ſurpris. Mais, pour éviter ces ſurpriſes, l'Edit leur enjoint, lorſqu'ils célebrent le mariage de perſonnes qu'ils ne connoiſſent pas, & qui ſe diſent de leur paroiſſe, de ſe faire, avant que de commencer les cérémonies, certifier de leur demeure, âge & qualité par quatre témoins domiciliés & ſignandaires, ſi ce nombre de ſignandaires peut facilement ſe trouver ſur le lieu, auxquels témoins le Curé doit faire ſigner l'acte de célébration.

§. IV.

Si lorſque les Parties ſont de différentes Paroiſſes, le Curé d'une des Parties peut valablement célébrer le Mariage ſans le concours & le conſentement du Curé de l'autre partie.

366. Cette queſtion eſt admirablement traitée dans un Mémoire qui ſe trouve dans le cinquieme tome des Œuvres de M. d'Agueſſeau, dont nous avons déja rapporté quelque choſe. *ſuprà*, *n.* 362.

Digitized by Google

L'Auteur du Mémoire propose trois cas auxquels le mariage a été célébré par le Curé de l'une des parties.

Le premier cas est celui auquel les bans ont été publiés dans les différentes paroisses des deux parties. Il n'y a pas lieu, dit-il, en ce cas à la question. Le Curé de l'autre partie est censé avoir suffisamment concouru & donné son consentement au mariage, par la publication qu'il a faite des bans, & par le certificat qu'il a donné de cette publication.

Observez en passant que le Curé qui célébre le mariage, a un très-grand intérêt de se faire remettre ce certificat de l'autre Curé, par lequel il atteste avoir publié les bans sans qu'il y ait eu d'oppositions; car s'il y avoit eu des oppositions, le Curé qui a célébré seroit, faute de ce certificat, exposé aux dommages & intérêts qui seroient prétendus par ceux qui les ont formées.

Le second cas est celui auquel l'Evêque des deux parties leur a donné dispense des trois bans. L'Auteur du Mémoire convient qu'on peut encore soutenir en ce cas, que le mariage célébré par le Curé de l'une des parties, est valable: l'Evêque est censé en avoir approuvé la célébration par la dispense des trois bans qu'il a accordée: étant le premier

Digitized by Google

Pasteur des deux parties, elles sont censées l'une & l'autre s'être mariées du consentement de leur Pasteur.

Le troisieme cas est celui auquel les bans n'ont été publiés que dans la paroisse de l'une des parties, dont le Curé a célébré le mariage. C'est dans ce cas que l'Auteur du Mémoire soutient que le mariage célébré par le Curé de l'une des parties, est nul par le défaut du concours & du consentement du Curé de l'autre partie à ce mariage.

Pour prouver cette these, il commence par présupposer que le Concile de Trente, & nos Rois par leurs Ordonnances, » ont eu pour objet d'empêcher » la clandestinité des mariages. Ils ont » cru qu'il n'y avoit pas de moyen plus » sûr pour y parvenir, que d'établir la » nécessité de la présence (ou du consentement) du propre Curé.

Ils l'ont établie comme une forme & une solemnité essentielle, dont l'inobservation rendroit le mariage nul & clandestin.

La clandestinité qui rend nul le mariage fait hors la présence & sans le consentement du Curé des parties, consiste en deux choses : 1°. dans le défaut d'une forme & solemnité requise, à peine de nullité. 2°. Dans le préjudice que l'inob-

Digitized by Google

ſervation de cette forme pourroit ſouvent faire à des tiers, en leur dérobant la connoiſſance d'un mariage qu'ils peuvent avoir intérêt de ſçavoir & d'empêcher.

Tout ceci préſuppoſé, l'Auteur du Mémoire entre dans la queſtion, ſi ces deux caracteres de clandeſtinité ne ſe rencontrent pas, lorſque le mariage a été célébré par le Curé de l'une des parties, ſans le concours & le conſentement du Curé de l'autre partie, & il ſoutient que l'un & l'autre s'y rencontrent.

1°. Le défaut de forme s'y rencontre: la forme qui requiert la préſence ou le conſentement du Curé *des parties*, n'eſt pas entiérement & ſuffiſamment remplie, quoique le mariage ait été célébré par le Curé de l'une des parties, lorſqu'il l'a été ſans le concours & conſentement du Curé de l'autre partie. Il ne faut, pour s'en convaincre, qu'entrer dans l'eſprit du Concile, qui a preſcrit cette forme & ſolemnité que les Ordonnances de nos Rois ont adoptée.

L'eſprit du Concile, en preſcrivant cette forme, a été de rappeller les Chrétiens ſur ce point à l'ancienne diſcipline de l'Egliſe, ſuivant laquelle les fidèles ne devoient pas ſe marier ſans avoir auparavant inſtruit l'Egliſe de l'engagement qu'ils entendoient contracter, pour en

Digitized by Google

avoir ſon avis & ſon approbation, comme nous l'apprenons de ce paſſage de Tertullien : *nuptiæ non priùs apud Eccleſiam profeſſæ, juxtà mœchiam judicari periclitantur.* C'eſt en ſe conformant à l'eſprit de cette ancienne diſcipline, que le Concile impoſe aux fidèles lorſqu'ils veulent ſe marier, l'obligation d'inſtruire de leur mariage l'Egliſe particuliere dont ils ſont membres, au moins en la perſonne du Curé de cette Egliſe, qui en eſt le chef & qui la repréſente ; & c'eſt pour cet effet qu'il ordonne que le mariage ſera célébré par leur Curé, ou de ſon conſentement.

Cette obligation eſt impoſée à l'une & à l'autre des parties : l'une & l'autre des parties doit donc la remplir, pour qu'on puiſſe dire que la forme préſcrite par le Concile a été obſervée. C'eſt pourquoi, lorſque les parties ſont de différentes paroiſſes, quoique le mariage ait été célébré par le Curé de l'une des parties, la forme préſcrite par le Concile n'eſt pas remplie, ſi l'autre partie n'a pas fait concourir ſon Curé à ſon mariage, en lui en faiſant publier les bans.

Ce mariage, qui, quoique contracté par le Curé de l'une des parties, l'a été à l'inſçu du Curé de l'autre partie, a donc le premier caractere de clandeſtinité, qui

Digitized by Google

consiste dans l'inobservation de la forme & solemnité prescrite pour la célébration des mariages.

Il est encore plus évident que ce mariage renferme le second caractere de clandestinité, qui consiste dans le préjudice que le défaut de forme fait à des tiers, auxquels il dérobe la connoissance d'un mariage dont ils avoient intérêt d'être avertis pour l'empêcher; car quoiqu'il ait été célébré par le Curé de l'une des parties, ce n'est pas ordinairement par ce Curé, mais par l'autre Curé à l'insçu duquel on a affecté de faire le mariage, que ceux qui avoient intérêt d'en être avertis pouvoient l'être, & auxquels par ce moyen on en a dérobé la connoissance.

Supposons qu'un jeune homme voulant faire un mariage peu convenable ou même honteux avec une fille, ait été marié par le Curé de la fille, à l'insçu du Curé de sa paroisse où il n'a pas fait publier de bans. Quoique ce mariage ait été célébré par le Curé de l'une des parties, le jeune homme n'en a pas moins dérobé la connoissance à ses parents, en le faisant à l'insçu de son Curé, & en ne faisant pas publier de bans dans sa paroisse, ses parents ne pouvant veiller que sur ce qui se passe dans la paroisse du jeune homme,

Digitized by Google

homme, & non ſur ce qui ſe paſſe dans la paroiſſe de la fille qu'ils ne connoiſſent pas.

M. d'Agueſſeau combat enſuite la diſtinction qu'on voudroit faire à cet égard, entre le mariage des mineurs & celui des majeurs. On convient aſſez que lorſque les parties ſont mineures, ou l'une d'elles, le mariage, quoique célébré par le Curé de l'une des parties, eſt nul, lorſqu'il a été fait à l'inſçu, & ſans le concours du Curé de la partie mineure; mais lorſque les parties ſont l'une & l'autre majeures, on doit, dit-on, décider autrement.

Voici comme les partiſans de cette diſtinction tâchent de l'établir. Lorſque le mariage a été célébré par le Curé de l'une des parties, le concours & conſentement du Curé de ladite partie, conſiſte dans la publication des bans qu'a faite l'autre Curé, & dans le certificat qu'il a donné de cette publication. Or, le défaut de publication de bans, ſuivant la Juriſprudence des Arrêts, ne fait pas une nullité à l'égard du mariage des majeurs. Donc, lorſqu'un mariage de majeurs a été célébré par le Curé de l'une des parties, le défaut de concours du Curé de l'autre partie ne doit pas faire une nullité.

Digitized by Google

M. d'Agueſſeau répond à ce raiſonnement, qu'on y confond mal-à-propos la formalité de faire précéder le mariage par une proclamation de bans, & celle de l'obligation qui eſt impoſée à chacune des parties contractantes, de faire intervenir à leur mariage le conſentement de leur Curé. Ce ſont deux formalités différentes; & ſi on peut quelquefois paſſer pardeſſus l'inobſervation de la premiere, il ne s'enſuit pas qu'on puiſſe pareillement paſſer pardeſſus l'inobſervation de l'autre. On convient que lorſque l'une & l'autre partie ont ſatisfait à la formalité de faire intervenir à leur mariage le conſentement de leur Curé, en le faiſant célébrer par leur Curé commun, on paſſe pardeſſus l'omiſſion de la formalité de la publication des bans qui devoit précéder, le mariage ayant été contracté entre majeurs, & ayant été public; mais il y a une grande différence entre cette formalité qui n'eſt qu'un préalable au mariage, & la forme à laquelle chacune des parties eſt aſſujettie de faire intervenir le conſentement de ſon Curé ou de l'Evêque, laquelle forme eſt une forme du mariage même, ſans laquelle il ne peut être valable. C'eſt pourquoi, lorſque les parties ſont de différentes paroiſſes, le

Digitized by Google

mariage, quoique célébré par le Curé de l'une des parties, eſt nul, ſi le Curé de l'autre partie n'y a pas concouru, ſoit en publiant des bans, ſoit de quelqu'autre maniere que ce ſoit, quand même les parties ſeroient majeures. Le Concile & les Ordonnances de nos Rois, qui ont adopté ſa diſpoſition, n'ayant fait à cet égard aucune diſtinction entre les majeurs & les mineurs.

M. d'Agueſſeau combat enſuite un autre raiſonnement des partiſans de la diſtinction entre le mariage des mineurs & celui des majeurs, par rapport à cette formalité. Ce raiſonnement conſiſte à dire, que les tiers ne ſouffrent aucun préjudice, de ce que le mariage ayant été célébré à l'inſçu du Curé de l'une des parties, la connoiſſance leur en a été dérobée; car, dit-on, ils n'avoient aucun intérêt d'en être inſtruits, puiſque quand même ils l'euſſent été, ils n'auroient pu l'empêcher, les majeurs n'ayant pas beſoin pour ſe marier, du conſentement de leurs parents.

A cela M. d'Agueſſeau répond, que quoiqu'il ne ſoit pas au pouvoir des parents des majeurs de former un obſtacle inſurmontable au mariage qu'ils ſe propoſent de faire, ils ont néanmoins un

Digitized by Google

très-grand intérêt d'en être avertis, parce qu'en étant instruits, ils peuvent souvent par le retard qu'ils apportent au mariage, & par leurs remontrances, faire ouvrir les yeux à la partie qui se proposoit de faire un mariage peu convenable, & la déterminer à ne le pas faire.

D'ailleurs, l'intérêt qu'ont les familles d'être averties du mariage de leurs parents, n'est qu'une raison accessoire à l'obligation imposée aux parties, de ne se pas marier à l'insçu de leur Curé. La forme prescrite par le Concile & par les Ordonnances, de célébrer le mariage en la présence ou du consentement du Curé, laquelle est prescrite aux deux parties, a un autre fondement principal que nous avons rapporté ci-dessus. C'est pourquoi, quand même l'intérêt qu'ont les familles d'être averties du mariage, ne se rencontreroit pas, l'inobservation de cette forme ne laisse pas de devoir faire déclarer nul un mariage, auquel, quoiqu'il ait été célébré par le Curé de l'une des parties, le Curé de l'autre partie n'a pas concouru, sans qu'on doive à cet égard faire aucune distinction entre le mariage des majeurs & celui des mineurs, le Concile & les Ordonnances de nos Rois qui ont prescrit cette forme, n'ayant fait aucune distinction.

Digitized by Google

Il faut lire le Mémoire fait sur cette question, dans le cinquieme tome des Œuvres de M. d'Agueſſeau. L'analyſe que nous venons d'en faire, n'a pu qu'affoiblir la force & l'énergie des moyens qu'il contient.

ARTICLE III.

Si la Célébration du Mariage peut ſe faire par Procureur.

367. Il n'eſt pas néceſſaire pour que la célébration du mariage en face d'Egliſe ſoit valable, que les parties contractantes faſſent par elles-mêmes cette célébration : elles peuvent la faire valablement par procureurs, pourvu que les trois conditions requiſes par la Décrétale de Boniface VIII, rapportée *cap. fin. de procurat. in* 6°, concourent.

Il faut, 1°. que le procureur ait une procuration ſpéciale pour épouſer une telle perſonne. Un procureur à qui j'aurois donné pouvoir d'épouſer en mon nom telle perſonne qu'il jugeroit à propos, ne pourroit valablement en épouſer pour moi aucune.

Il faut, 2°. que le Procureur à qui j'ai donné pouvoir d'épouſer une perſonne

Digitized by Google

en mon nom, le faſſe par lui-même : il ne peut pas ſubſtituer une autre perſonne pour le faire en ſa place, à moins que par une clauſe expreſſe de ma procuration, je ne lui euſſe donné le pouvoir de ſubſtituer un autre.

Il faut, 3°. que la procuration n'ait point été révoquée avant la célébration. Si elle avoit été révoquée avant la célébration, le mariage ne ſeroit pas valablement contracté, quand même, lors de la célébration, mon procureur & la perſonne qu'il a épouſée en mon nom, auroient ignoré & n'auroient pu ſçavoir cette révocation.

En cela le mariage eſt différent des autres contrats, auxquels on donne effet contre le mandant, lorſque ſon procureur, & celui avec qui ſon procureur a contracté, ont contracté de bonne foi, dans l'ignorance de la révocation du mandat, *L.* 15, ff. *mand.* La raiſon de différence eſt, que le conſentement des parties eſt tellement de l'eſſence du mariage au temps auquel il ſe contracte, que lorſqu'il a ceſſé par la révocation de la procuration, quoique ignorée, il ne peut pas ſe ſuppléer, pour quelque cauſe que ce ſoit.

Lorſque ces trois conditions concou-

Digitized by Google

rent, le mariage célébré par procureurs eſt valablement contracté; & quoique les parties réiterent depuis par elles-mêmes la cérémonie de la célébration de leur mariage, ce n'eſt point la réitération de cette cérémonie, c'eſt la célébration qui a été faite par procureurs, qui donne au mariage ſa perfection. Henri IV, après avoir épouſé par procureur Marie de Médicis, conſomma à Lyon ſon mariage, avant la réitération de la cérémonie.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Des choſes requiſes pour la Célébration des Mariages, dont l'inobſervation n'emporte pas la nullité du Mariage.

368. 1°. LORSQU'IL y a une ou pluſieurs oppoſitions faites à des bans de mariage, le Curé doit ſurſeoir à la célébration du mariage, juſqu'à ce qu'on lui ait rapporté la main-levée des oppoſitions.

Néanmoins lorſqu'il a paſſé outre, l'inobſervation de cette regle n'empêche pas le mariage d'être valable.

Il eſt valable quand même l'oppoſition à laquelle le Curé n'a pas eu d'égard ſeroit bien fondée, *putà* ſi elle avoit été faite par une perſonne à qui l'une des parties avoit été fiancée; car l'empêchement qui réſulte des fiançailles avant leur diſſolution, n'eſt, comme nous l'avons vu *ſuprà n.* 88, qu'un empêchement purement prohibitif & non dirimant, qui par conſéquent n'empêche pas la validité du mariage que la partie a contracté, au préjudice de cet empêchement, & de l'oppoſition fondée ſur cet empêchement.

Le mariage célébré au préjudice des

Digitized by Google

oppoſitions dont il n'y a pas eu de main-levée, quelles qu'elles ſoient, eſt valable à la vérité ; mais le Curé qui a contrevenu à la regle en célébrant ce mariage, peut être à la requête du Promoteur, pourſuivi devant l'Official, pour la peine canonique qui eſt en ce cas une ſuſpenſe *à divinis* pour trois ans. *Can. cum inhibitio verſ.* Sane, *extrà de cland. deſponſ.*

Il peut auſſi être pourſuivi devant le Juge ſéculier par les parties qui ont fait l'oppoſition, & ce Juge peut le punir par une condamnation d'amende, & de dommages & intérêts.

Lorſque c'eſt le Vicaire ou le Prêtre commis pour la célébration des mariages, qui a célébré le mariage avant la main-levée des oppoſitions, ce n'eſt pas en ce cas le Curé, mais le Prêtre qui a célébré le mariage ſans ſe faire rapporter la main-levée des oppoſitions, qui eſt ſujet à ces peines.

Si ce n'étoit pas entre les mains du Curé qui a célébré le mariage, mais entre les mains de l'autre Curé qui a donné un faux certificat qu'il n'y avoit pas d'oppoſition, ce ne ſeroit pas le Curé qui a célébré le mariage ; mais celui qui a donné le faux certificat, qui ſeroit ſujet à ces peines.

369. Quoiqu'il n'y ait aucune oppo-

Digitized by Google

ſition, les Rituels de pluſieurs Diocèſes portent que le mariage ne peut être célébré le jour du dernier ban. Ce qui a été ainſi ordonné, tant afin que ceux qui ont connoiſſance de quelque empêchement, aient le temps d'en avertir le Curé, que pour que ceux qui ont quelque oppoſition à former, aient le temps de la faire.

Les Curés dans ces Diocèſes doivent ſe conformer à cette diſcipline; & s'ils y contreviennent, ils peuvent être pourſuivis à la requête du Promoteur; mais l'inobſervation ne fait aucun obſtacle à la validité du mariage.

370. 2°. Une autre choſe qui doit être obſervée par les Curés, à l'égard de la célébration des mariages, & dont l'inobſervation ne rend pas le mariage nul, eſt qu'ils ne doivent pas les célébrer dans les temps défendus, ſans y être autoriſés par une diſpenſe de l'Evêque.

C'eſt une diſcipline très-ancienne dans l'Egliſe de ne pas permettre la célébration des mariages dans certains temps de l'année conſacrés à la pénitence, ſur-tout dans le ſaint temps de Carême.

Cette diſcipline, dont on ne voit pas le commencement, & qui remonte vraiſemblablement aux temps Apoſtoliques, ſe trouve établie par les canons de quelques-uns des plus anciens Conciles.

Digitized by Google

Celui de Laodicée, tenu dans le quatrieme ſiecle l'an 368, l'un des plus anciens dont nous ayons les canons, dit: *non oportet in quadrageſimâ aut nuptias vel quælibet natalitia celebrare.* Can. 52.

On trouve dans Gratien, *cauſ.* 33, *quæſt.* 4, *can.* 10; dans Yves de Chartres, *lib.* 6, *cap.* 2, & dans Burchard, un canon qu'ils attribuent à un Concile de Lérida, qui eſt conçu en ces termes: *non oportet in quadrageſimâ uſque ad octavam Paſchæ, & tribus hebdomadibus ante feſtivitatem S. Joannis-Baptiſtæ, & ab adventu Domini uſque ad Epiphaniam, nuptias celebrare: quod ſi factum fuerit, ſeparentur.*

Quoique ce canon ne ſe trouve pas parmi les canons du Concile de Lérida, tenu l'an 524, & qu'il ſoit incertain quel eſt le Concile d'où il eſt tiré, il prouve toujours que c'étoit la diſcipline obſervée dans l'Egliſe au temps de ces Auteurs, & que ces Auteurs la regardoient comme très-ancienne.

Les temps auxquels, outre le Carême, il étoit défendu de célébrer les mariages, étoient différents, ſelon les uſages des différentes Egliſes. Il étoit d'uſage dans certaines Egliſes, de ſe préparer à la Fête de S. Jean-Baptiſte par un temps de jeûne, pendant lequel la célébration des

Digitized by Google

mariages étoit défendue comme pendant le grand Carême.

En Angleterre, les mariages étoient défendus dans les grandes solemnités, aux jours des jeûnes des Quatre-Temps; depuis l'Avent, jusqu'à l'Octave de Noël; & depuis la Septuagesime, jusqu'à la quinzaine d'après Pâques. C'est ce que nous trouvons dans le Concile *Ænhalmense*, tenu vers l'an 1009, *can.* 18.

Le Concile de Trente a établi à cet égard une discipline générale & uniforme.

Suivant cette discipline à laquelle celle de l'Eglise de France est à cet égard conforme, la célébration des mariages est défendue pendant l'Avent jusqu'à l'Epiphanie, & depuis le Mercredi des Cendres jusqu'après l'octave de Pâques, & elle est permise dans tous les autres temps. *Sess.* 24, *de reform. matrim. cap.* 10.

Le canon 5 du Concile de Rheims, tenu en 1564, est entiérement conforme à cette discipline.

Depuis, les Conciles de Rouen, tenus en 1581, ceux de Rheims, de Bordeaux, de Tours tenus 1583, ont confirmé cette discipline. Il s'étoit repandu dans quelques provinces une opinion populaire, que le jour de la fête de saint Joseph devoit être excepté de la défense

Digitized by Google

de célébrer les mariages en Carême ; un Concile de Bordeaux, tenu en 1624, au titre *de matrimonio*, *art.* 5, déclare qu'il n'en eſt pas excepté.

371. Cette défenſe de célébrer les mariages pendant ces temps conſacrés à la pénitence & à la priere, eſt très-conforme à l'eſprit de l'Egliſe : c'eſt par ce même eſprit que l'Egliſe ne permettoit pas autrefois aux perſonnes ſoumiſes à la pénitence publique, l'uſage du mariage pendant le temps de leur pénitence. C'eſt par le même eſprit qu'elle a toujours exhorté, & qu'elle exhorte encore aujourd'hui les perſonnes mariées, à s'abſtenir par un conſentement mutuel pendant ces ſaints temps, de l'uſage du mariage, & qu'elle a pour cet effet choiſi pour l'Epître de la Meſſe du Mercredi des Cendres, une Leçon du Prophête Joël, où il eſt dit : *egrediatur ſponſus de cubili ſuo, & ſponſa de thalamo ſuo.*

Le Concile de Rouen regardoit cette défenſe comme ſi importante, qu'il va juſqu'à dire que les Evêques n'ont pas le pouvoir d'en accorder diſpenſe : *Contrà quos dies non eſt poteſtas Epiſcopis diſpenſandi*, tit. de matrim. art. 9.

Un Curé pécheroit donc très-griévement, & il devroit être puni très-ſévérement par le Supérieur Eccléſiaſtique,

Digitized by Google

si, contre la défense de l'Eglise, il célébroit un mariage dans les temps défendus, sans une dispense de l'Evêque ou de ses Vicaires-Généraux ; mais le mariage, quoique célébré dans les temps défendus, ne laisseroit pas d'être valable, cette défense étant une des choses dont l'inobservation ne rend pas nul le mariage.

Il seroit à souhaiter que ces saintes regles de l'Eglise fussent plus respectées qu'elles ne le sont, & que la dispense ne s'en accordât pas avec la scandaleuse facilité avec laquelle elle s'accorde dans plusieurs Diocèses ; mais quelque sensible que soit à un bon Curé la plaie faite à la discipline de l'Eglise par ces dispenses, lorsque les parties lui apportent la dispense du Supérieur Ecclésiastique, il doit célébrer le mariage dans les temps défendus ; car il ne doit pas se rendre juge du jugement qu'a porté son Supérieur en accordant la dispense. D'ailleurs, son Supérieur peut avoir eu de bonnes raisons pour l'accorder, dont il n'est pas obligé de rendre compte, & le Curé doit lui obéir dans ce qui n'est pas contraire à la loi de Dieu.

372. 3°. Une troisieme chose que les Curés sont obligés d'observer pour la célébration des mariages, & dont l'inobservation ne rend pas le mariage nul,

Digitized by Google

c'eſt de ne pas célébrer le mariage ſans une diſpenſe de l'Evêque ou de ſon Vicaire-Général, aux heures auxquelles la loi du Diocèſe le défend.

Le Concile de Sens défend de célébrer les mariages, *niſi poſt ortum ſolem, & illuceſcentem diem*, can. 39.

373. 4°. Enfin, le Curé doit dans la célébration du mariage obſerver toutes les cérémonies, & réciter toutes les prieres qui ſont preſcrites par le Rituel du Diocèſe; mais l'omiſſion de ces cérémonies ou prieres, ne rend pas le mariage nul: le Curé qui les a omiſes eſt ſeulement ſujet en ce cas à être puni par le Supérieur eccléſiaſtique.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

De l'Acte qui doit être dressé pour établir la preuve du Mariage.

374. SUIVANT l'Ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 8, & la Déclaration du Roi du 9 Avril 1736, les Curés doivent avoir chacun dans leur paroisse un double registre pour y inscrire les actes de baptêmes, sépultures & mariages. Ils doivent faire cotter, parapher l'un & l'autre exemplaire, par premiere & derniere page, par le Juge Royal du lieu. L'un des exemplaires lui doit rester, & l'autre être envoyé après l'année révolue, au Greffe de la Justice Royale, où il doit rester en dépôt.

Après la mort du Curé, le Juge doit apposer les scellés sur ces registres, qui doivent être remis à son successeur qui doit s'en charger.

375. Le Curé ou autre Prêtre qui célebre un mariage, doit après qu'il l'a célébré, inscrire sur le champ l'acte de célébration sur ce double registre. Cet acte doit contenir les noms, surnoms, âges, demeures, & qualités des parties contractantes, & il doit faire mention s'ils sont

Digitized by Google

enfants de famille, ou sous puissance de tuteurs, ou en leurs droits.

Il doit aussi faire mention des témoins en présence desquels il a été célébré, qui doivent être au moins quatre qui sçachent signer, qui aient les qualités requises pour être témoins dans les actes publics, c'est-à-dire, qui soient mâles, âgés de vingt ans au moins, domiciliés, jouissants de l'état civil, & non notés d'infamie : il doit aussi déclarer s'ils sont parents des parties contractantes, & à quel degré.

Enfin, il doit faire signer l'acte par les parties contractantes, ou faire mention qu'elles ne sçavent pas signer. Il doit aussi le faire signer par les témoins, & le signer lui-même.

376. Cet acte est un acte public. Le Curé ou le Prêtre qui tient sa place, font en cela une fonction publique que nos loix lui attribuent; & comme elle appartient à l'ordre civil, il en est comptable au Juge séculier.

Quoique les Religieux aient perdu l'état civil, & soient en conséquence incapables de toutes fonctions civiles, & à plus forte raison des fonctions publiques, néanmoins un Religieux-Curé est dans sa paroisse compétent pour faire ces actes; car sa qualité de Curé lui rend l'état ci-

Digitized by Google

vil, seulement quant aux droits & fonctions qui dépendent de cette qualité.

Il en est de même d'un Religieux commis par l'Evêque pour le desservissement d'une Cure.

377. S'il s'étoit glissé quelqu'erreur dans l'acte de célébration de mariage, le Curé ne pourroit pas de son autorité la réformer : lorsque l'acte est une fois achevé, il ne peut y toucher ni y rien changer. On doit pour la réformation se pourvoir devant le Juge Royal du lieu, qui après avoir oui sommairement les témoins nécessaires pour la justification de l'erreur qui s'est glissée dans l'acte, dont il fait rédiger un procès-verbal, rend son Ordonnance pour la réformation. Le Curé à qui cette Ordonnance est apportée par la partie qui l'a obtenue, doit la transcrire, au moins par extrait, en marge de l'acte.

378. Ce sont ces actes qui font la preuve des mariages, & qui établissent les parentés qui en naissent ; néanmoins s'il étoit constaté que les registres ont été perdus, ou que le Curé n'en a pas tenu ; la preuve en ce cas pourroit s'en faire, tant par témoins que par les registres & papiers domestiques des pere & mere décédés. *Ordonnance de* 1667, *tit.* 20, *article* 14.

Digitized by Google

La raiſon eſt que le mariage étant parfait par le conſentement que les parties ſe donnent en préſence de leur Curé avant que l'acte ait été rédigé, il s'enſuit qu'il n'eſt pas de l'eſſence du mariage, & qu'il n'eſt requis que pour la preuve du mariage : lorſque la preuve que fait cet acte devient impoſſible, il eſt juſte d'avoir recours à des preuves d'une autre nature.

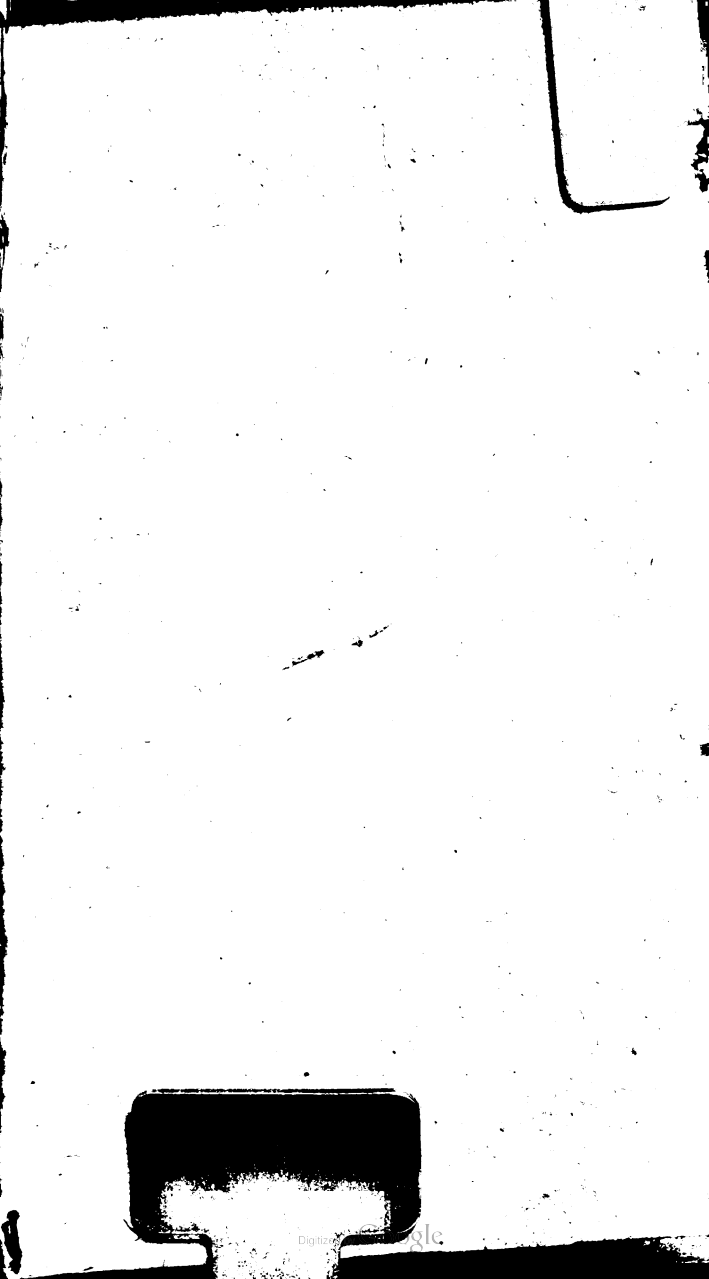
Fin du Tome premier

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google